



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2007

Zur Funktion der *aequitas naturalis* in Ulpian's Ediktslaudationen

Babusiaux, Ulrike

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-170698>

Book Section

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (2007). Zur Funktion der *aequitas naturalis* in Ulpian's Ediktslaudationen. In: Mantovani, Dario; Schiavone, Aldo. Testi e problemi del giusnaturalismo romano. Pavia: Pavia University Press, 603-644.

PUBBLICAZIONI DEL CEDANT

1. M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, 2005, 582 pp.
2. L. CAPOGROSSI COLOGNESI - E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali*, 2006, 771 pp.
3. D. MANTOVANI - A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, 2007, 793 pp.

Testi e problemi del giusnaturalismo romano

a cura di
Dario Mantovani e Aldo Schiavone

IUSS Press, Pavia - Italia

Nessuna parte di questo libro può essere riprodotta o trasmessa in qualsiasi forma o con qualsiasi mezzo elettronico, meccanico o altro senza l'autorizzazione scritta dei proprietari dei diritti e dell'editore.

© IUSS Press 2007
www.iusspress.it

Prodotto e distribuito da:
MULTIMEDIA CARDANO
Via Cardano, 14 - 27100 Pavia
Tel. 0382.539776 - fax 0382.22558
E-mail: info@multimediacardano.it

Finito di stampare nell'Aprile 2007

Nota

Il volume è il frutto di un innovativo progetto di alta formazione e ricerca, il «Collegio di diritto romano», organizzato dal Centro di studi e ricerche sui Diritti Antichi (CEDANT).

La formula del «Collegio» consiste nel fare incontrare per tre settimane, nel mese di gennaio di ogni anno, presso l'Almo Collegio Borromeo di Pavia, docenti di università europee e giovani studiosi di alta qualificazione, selezionati per concorso. I docenti svolgono una serie di seminari, caratterizzati da organicità e coerenza formativa e incentrati elettivamente sulla discussione di testi. Ciascuno dei giovani studiosi ammessi è a sua volta invitato, al termine del «Collegio», a proseguire la ricerca, su temi scaturiti dai seminari e proposti dai docenti.

Una seconda riunione, della durata di una settimana, nel mese di settembre, è destinata a fare il punto dei risultati conseguiti dai giovani studiosi, ai fini dell'eventuale pubblicazione, attraverso una discussione individuale e collettiva con i docenti.

Per comune sensazione dei partecipanti, il «Collegio» istituisce una vera e propria comunità di studio, in cui ciascuno, nel proprio ruolo, apprende e insegna in modo aperto e vitale attraverso la discussione dei testi e dei problemi.

Il volume è composto dalle ricerche presentate dai docenti nei seminari e dai saggi dei partecipanti al «Collegio di diritto romano».

«Cedant arma togae»

L'acronimo CEDANT richiama l'emistichio ciceroniano, che invita a fare prevalere la sapienza civile sulla forza.

Il CEDANT è costituito nell'ambito dell'Istituto Universitario di Studi Superiori di Pavia (IUSS), che promuove percorsi formativi avanzati pre- e post-laurea, diretto da Roberto Schmid. Lo IUSS è stato riconosciuto dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca come Scuola Superiore ad ordinamento speciale ed è la sintesi avanzata delle risorse strutturali e culturali del sistema universitario pavese.

Il CEDANT svolge la propria attività di alta formazione e ricerca nell'ambito del diritto romano e dei diritti antichi grazie alla collaborazione di specialisti, scelti di volta in volta, a seconda dei temi trattati, nel rispetto della più ampia partecipazione della comunità scientifica e del pluralismo metodologico.

Zur Funktion der *aequitas naturalis* in Ulpian's Ediktslaudationen

ULRIKE BABUSIAUX

Universität des Saarlandes, Saarbrücken

In der *laudatio edicti*, wie sie vor allem für Ulpian überliefert ist,¹ appelliert der Spätklassiker insgesamt sechsmal an die *aequitas naturalis*, die er neben der *utilitas* zum Lob auf das prätorische Edikt verwendet.² Die *aequitas naturalis* bezeichnet eine nach natürlicher, d.h. unmittelbarer Anschauung einleuchtende, evidente Gerechtigkeit oder Billigkeit.³ Während die interpolationistische Literatur das auf die Kongruenz mit der *naturalis aequitas* gestützte Ediktslob als mehr oder weniger «inhaltsleeren»⁴ Appell ansah, der byzantinischen oder justinianischen Ursprungs sei, hält die heutige Romanistik die Lobpreisungen überwiegend für authentisch.⁵

¹ Zu dieser Besonderheit Ulpian's, vgl. D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 137 mit Fn. 28, der aber betont: «Möglicherweise täuscht bei Paulus die Quellenlage»; etwas anders G. RIES, *Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums*, München 1983, 153-157, der 156 meint: «Es wird kaum auf Überlieferungszufall beruhen, daß für Paulus in dieser Richtung nicht mehr überliefert ist».

² Zur *utilitas*, vgl. U. LEPTIEN, *Utilitatis causa. Zweckmäßigkeitsentscheidungen im römischen Recht*, Freiburg i. Br. 1967, 15 s. mit Nachweisen in Fn. 36-38.

³ Vgl. C.A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, 220; R. VOGGENSPERGER, *Der Begriff des ius naturale im römischen Recht*, 1952, 95 s.; T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002², 93 s. Für einen nahezu umfassenden Überblick über die Deutungsversuche der Pandektistik und Romanistik, vgl. P. PINNA PARPAGLIA, *Aequitas in libera republica*, Milano 1973, 209-291. Zur vergleichbaren *aequitas evidens*, vgl. TH. MAYER-MALY, *Aequitas evidens*, in AA.VV., *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlin 1970, 339-352. Zur Originalität Ulpian's in diesem Zusammenhang (*ius naturale*), vgl. U. MANTHE, *Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdigkeit und iuris praecepta Ulpian's*, in ZRG 114 (1997) 14-22.

⁴ Vgl. bereits A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* (SB Berl. Ak. d. Wiss., Phil. Hist. Kl. 1885), in *Labeo* 6 (1962) 356; F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 35 s.; DERS., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 245 Fn. 6; geschickt P. KOSCHAKER, Rez. zu G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito* I, Napoli 1937, II, Milano 1941, in ZRG 63 (1943) 472 s. zu D. 13.5.1 pr.: «Wenngleich solche *laudationes edicti* uns heute als byzantinische *προθεωπιαί* gelten, so kann ihr Verfasser doch noch gewisse Vorstellungen über den Zweck des Edikts gehabt haben, die geschichtlich exakt waren».

⁵ Vgl. MASCHI, *La concezione naturalistica* cit., 211-221; grundlegend W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW II/15, Berlin - New York 1976, 73-75 mit Fn. 267 und DERS., *Ius naturale im nachklassischen römischen Recht und bei Justinian*, in ZRG 111 (1994) 59 s.

Die Ediktslaudationen werden im Anschluss an Dieter Nörr meist als Versuch Ulpian's gesehen, der die Reichskrise begleitenden Rechtskrise durch Überhöhung des Rechts zu begegnen.⁶ Das *aequitas*-Argument dient dann als Verteidigung gegen eine jedenfalls latente Rechtskritik. Tony Honoré betont demgegenüber die vereinheitlichende Tendenz der *naturalis aequitas*, die es dem spätklassischen Juristen ermögliche, die römischen Vorschriften auf alle Bürger des Weltreiches zu erstrecken.⁷ Unter diesem Blickwinkel hat die *naturalis aequitas* in den Ediktslaudationen eine die Bürgerrechtspolitik der *constitutio Antoniniana* flankierende Funktion.⁸ Neben dieser rechtsphilosophischen bzw. rechtspolitischen Deutung aus der besonderen Situation des spätklassischen Rechts⁹ ist auch eine juristisch-technische Funktion der Ediktslaudationen anerkannt, denn sie gelten als «Anweisungen des kommentierenden Juristen [...], der zu zweckgerechter Auslegung des vorangestellten Ediktstextes überleitet».¹⁰ Die *naturalis aequitas* soll insofern der angestrebten Fallgerechtigkeit entsprechen.¹¹ Eine genauere Untersuchung allerdings, ob und gegebenenfalls wie diese Ediktslaudationen die anschließende Kommentierung Ulpian's beeinflussen oder leiten, fehlt.

Sie setzt – worauf Dieter Nörr hingewiesen hat – zunächst eine kurze Betrachtung der Stilgesetze, denen die *laudationes edicti* als *prooemium*, *exordium* bzw. *principium* des jeweiligen Kommentarteils unterliegen, voraus.¹² Das *exordium* des Redners zielt

⁶ NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* cit., 137; ähnlich RIES, *Prolog und Epilog* cit., 157.

⁷ HONORÉ, *Ulpian* cit. 93; ähnlich D. LIEBS, *Domitius Ulpianus*, in AA.VV., *Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike* IV, 1997, 186 s. mwN.

⁸ Zum damit verbundenen Interesse der Spätklassiker für das *ius gentium*, vgl. zuletzt M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien 1993, 48 s. mwN. Der Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

⁹ Zu weitgehend wohl G. SCHIEMANN, in AA.VV., *Der Neue Pauly* I, Stuttgart-Weimar 1996, 189. Zu den verschiedenen geistigen Einflüssen auf Ulpian, die hier nicht thematisiert werden sollen, vgl. Nachweise bei LIEBS, *Domitius Ulpianus* cit., 175.

¹⁰ Vgl. KASER, *Ius gentium* cit., 63 mwN. Zur Bedeutung der *ratio edicti* als «criterio ermeneutico» (jedenfalls seit Hadrian), vgl. nun umfassend E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2001, 53-57 mit umfangreichen Nachweisen.

¹¹ Vgl. bereits F. PRINGSHEIM, *Ius aequum und ius strictum*, in ZRG 42 (1921) 667: «Die römische *aequitas* dient den Juristen als bequemes Begründungsmittel, um ihr Rechtsgefühl zur Geltung zu bringen»; KASER, *Ius gentium* cit., 64. Zur methodischen Bedeutung der *aequitas*, vgl. ausführlich L. VACCA, *Considerazioni sull'aequitas come elemento del metodo della giurisprudenza romana*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuliana d'Amelio* I, Milano 1978, 397-424. Zur *aequitas* des prätorischen Rechts, vgl. F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in SDHI 62 (1996) 1-68, bes. 46-50.

¹² Vgl. Quint. inst. 4.1.1: *Quod principium Latine vel exordium dicitur, maiore quadam ratione Graeci videntur προοίμιον nominasse, qui a nostris initium modo significatur, illis satis clare partem hanc esse ante ingressum rei, de qua dicendum sit, ostendunt*. Vgl. dazu D. NÖRR, *Ethik von Jurisprudenz in Sachen Schatzfund*, in BDR 75 (1972) 34 mwN in Fn. 126; DERS., *Rechtskritik in der römischen Antike* cit., 137 Fn. 27.

darauf ab, die Sympathie des Zuhörers oder Lesers zu gewinnen.¹³ Dies geschieht mithilfe der drei proömialen Suchformeln *iudicem benevolum, docilem, attentum parare*,¹⁴ die wie die gesamte Rede darauf abzielen, das *πρέπον*, d.h. die Übereinstimmung von *causa* und beteiligten Personen, herzustellen. Das *prooemium* ist die erste und damit eine wichtige Gelegenheit diese Übereinstimmung zu erreichen.¹⁵ Wendet man diese Regeln auf die *laudationes edicti* an, muss man zu dem Schluss kommen, dass auch hier der Hinweis auf die *naturalis aequitas* des Edikts den Zuhörer oder Leser günstig stimmen soll, für die folgenden das Edikt kommentierenden Darlegungen.¹⁶ Die Anknüpfung an die *aequitas* entspricht insofern dem epideiktischen Charakter des Argumentes, denn im *status qualitatis*, der ja eine besondere Bedeutung für die Lobrede hat,¹⁷ sind nach Cicero die *iura naturae* zur Unterstützung der Argumentation heranzuziehen.¹⁸ Die im Vergleich mit der *naturalis aequitas* liegende Überhöhung des Ediktstextes ist somit sicherlich dem Proömiumcharakter geschuldet. Gleichzeitig offenbart sie den Versuch, die vorgefundenen Regelungen, d.h. im Sinne des *status qualitatis* das *factum* an einem *ius*, hier der *aequitas*, zu messen, um daraus im Fortgang weitere Argumente abzuleiten.¹⁹ Es ist daher zu erwarten, dass die *naturalis aequitas*, die Ulpian eingangs hervorhebt, auch in der anschließenden Darstellung eine Rolle spielt. Dafür spricht auch, dass die Juristen bei ihrer Kommentierung selbst Parallelen zur Rhetorik ziehen.²⁰ So vergleicht etwa Gaius seine Einleitung zum Kommentar des

¹³ H. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, Stuttgart 1990³, § 263, 150.

¹⁴ Quint. inst. 4.1.5: *Causa principii nulla alia est, quam ut auditorem, quo sit nobis in ceteris partibus accomodatio, praeparemus. id fieri tribus maxime rebus inter auctores plurimos constat, si benevolum, attentum, docilem fecerimus, non quia ista non per totam actionem sint custodienda, sed quia initiis praecipue necessaria, per quae in animum iudicis, ut procedere ultra possimus, admittitur*; Cic. inv. 1.15: *Exordium est oratio animum auditoris idonee comparans ad reliquam dictionem; quod eveniet, si eum benivolum, attentum, docilem confecerit*; Zu allen, vgl. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik* cit., § 266 s., 151 s.

¹⁵ LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik* cit., § 268, 152.

¹⁶ Zum epideiktischen Charakter der *benevolentia*, vgl. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik* cit., § 274, 157.

¹⁷ Vgl. nur Quint. inst. 3.7.28: *Itaque, ut non consensi hoc laudativum genus circa solam versari honesti quaestionem, sic qualitate maxime contineri puto, quamquam tres status omnes cadere in hoc opus possint, [...]*; LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik* cit., § 252, 138.

¹⁸ Cic. inv. 2.65-67: *Ac naturae quidem iura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili iure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda*.

¹⁹ Vgl. vor allem Quint. inst. 7.4.5: *iustum omne continetur natura vel constitutione: natura, quod fit secundum cuiusque rei dignitatem. hinc sunt pietas, fides, continentia et talia*. Zur Ableitung der *naturalis aequitas* aus den Tugenden (*fides*), vgl. auch LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik* cit., § 176, 98.

²⁰ Das von RIES, *Prolog und Epilog* cit., 155 angeführte Zitat Ulpian's zum Edikt *de rebus creditis* (Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.1 pr.) ist allerdings für die Frage der Rezeption rhetorischen Gedankenguts durch den spätklassischen Juristen nicht

Zwölftafelgesetzes mit der *praefatio* des Redners.²¹ Daher erscheint es lohnend zu untersuchen, inwieweit und mit welcher Zwecksetzung Ulpian das Argument der *naturalis aequitas* im Rahmen der jeweiligen Kommentierung verwendet.

1. Bestandsaufnahme und Inhalt der Ediktslaudationen mit Blick auf den Ediktstext

Voraussetzung dafür ist eine Bestandsaufnahme und ein Blick auf den Inhalt der Ediktslaudationen im Vergleich zum Ediktstext. Dabei fällt zunächst auf, dass die sechs Edikte, die Ulpian aus der *naturalis aequitas* rechtfertigt, weder nach der ediktalen Ordnung noch nach ihrem rechtlichen Inhalt eine Einheit bilden.

1.1. Die ediktale Verortung der Edikte, die der *naturalis aequitas* entsprechen

Folgt man Lenels Rekonstruktion des prätorischen Edikts, vereint die *naturalis aequitas* bei Ulpian in ihrer Bedeutung heterogene Materien. So finden sich einerseits das elementare, im ersten Teil des *edictum perpetuum* angesiedelte Edikt *de pactis conventis*²² sowie das nicht minder wichtige Edikt zum Schutz der *minorum viginti quinque annis*,²³ andererseits das in seiner Bedeutung nicht vollends geklärte Edikt *de pecunia constituta* aus dem Teil *de iudiciis*,²⁴ das offenbar dem Abschnitt *de rebus creditis* zuzuordnen ist,²⁵ sowie das zur Lösung eines Einzelproblems der *actio furti* erlassene

aussagekräftig. Wie der Fortgang der Stelle (Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.1.1) zeigt, geht es hier nicht um eine *laudatio edicti*, sondern um eine Erklärung der Worte des Ediktstitels. Diese ähnelt eher dem auch sonst üblichen lemmatischen Kommentar einzelner Ediktsworte. Eine Aussage des spätklassischen Juristen zur Funktion der Ediktslaudationen ist dem Text daher nicht zu entnehmen. Vgl. auch F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1975, 253, der allerdings an die Stilistik anknüpft. Zur Frage, vgl. bereits PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* cit., 354.

²¹ Gai. 1 *ad leg. duod. tab.* D. 1.2.1, vgl. dazu D. NÖRR, *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin 1972, 49 s. Fn. 205 mwN; RIES, *Prolog und Epilog* cit., 154: «Der Zweck, den Leser durch Vorreden aufnahmebereit und einsichtig zu machen, trifft genauso auf die Ediktslaudationen zu». Zur Textgestalt, vgl. J. DELZ, *Drei Digestenstellen*, in ZRG 114 (1997) 449 (im Vergleich zu Quint. *inst.* 8.3.41).

²² Zur umstrittenen Bedeutung des Edikts *de pactis*, vgl. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, 31-33, der meint, es gehe ausschließlich um «die formellen Voraussetzungen des Verfahrens *in iure*; sie haben keine Beziehung zum materiellen Recht der Parteien. Aber die Ordnung und Sicherung des Rechtswegs fordert auch ein Eingehen auf dieses». Als Ausgangspunkt für prätorische Rechtsschöpfung, insbesondere auch der *bonae fidei iudicia*, deutet das Edikt dagegen A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris 1958, dazu kritisch M. TALAMANCA, *La storia dell'edictum de pactis*, in *Labeo* 6 (1960) 278-292. Für eine vorsichtige Revision Magdelains, vgl. nun Z. VÉGH, *Meditatio de edicto de pactis*, in AA.VV., *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 343-353.

²³ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 33.

²⁴ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 34.

²⁵ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 39.

Edikt: *si quis testamento liber esse iussus*.²⁶ Aus dem dritten Teil des Edikts zu den «schleunigen Rechtsbehelfen» stammt schließlich das zur *bonorum possessio* gehörige Edikt *de legatis praestandis*,²⁷ aus dem Anhang mit den Interdikten das *precarium*.²⁸

1.2. Die inhaltliche Rechtfertigung der Edikte aus den Tugenden

Auch ein inhaltlicher Zusammenhang ist über die Konformität mit der *naturalis aequitas* hinaus nicht feststellbar. Auffällig ist lediglich, dass alle Edikte dem genuinen *ius honorarium* zuzurechnen sind.²⁹ Möglicherweise dient daher der Vergleich mit der *naturalis aequitas* bzw. der *fides* der Rechtfertigung der prätorischen Rechtsschöpfung. Dies ist für jedes einzelne Edikt zu prüfen.

1.2.1. Am besten erforscht ist die als Ausdruck des Konsensprinzips angesehene *laudatio* des Edikts *de pactis*.³⁰

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr. *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?*

Obwohl Ulpian im Anschluss an das Ediktslob zunächst ausführlich den Begriff der *pacta conventa* erörtert, zeigt die an den Ediktstext erinnernde Wortwahl (*servare*),³¹ dass es sich bei dem Ediktslob in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr. durchaus um ein Proömium zur erst später zitierten Ediktsklausel *pacta conventa* [...] *servabo* handelt:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.7. *Ait praetor: «pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo».*³²

²⁶ Zum Titel *de furtis*, vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 41 s.

²⁷ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 43.

²⁸ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 45 s. Der Frage nach der genauen Verortung kann hier nicht nachgegangen werden.

²⁹ Zur schöpferischen Tätigkeit der Juristen, vgl. grundlegend M. WLAŚAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen*, Graz 1884, 35-42; DERS., *Die klassische Prozessformel. Mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit I*, Wien-Leipzig 1924, 6-25. Zur (zutreffenden) Unterscheidung von *ius honorarium* und *ius civile*, weiterführend jetzt die Überlegungen von GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium* cit., 5 s.

³⁰ Grundlegend dazu MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* cit., 23-48. Ferner WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen* cit., 57-61 und 74, zuletzt B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, 443-475.

³¹ Zur umstrittenen Bedeutung des Wortes, vgl. zuletzt Nachweise bei VÉGH, *Meditatio de edicto de pactis* cit., 345-353.

³² Zum Ediktstext, vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 64, der aber inskribiert: «*De pactis et conventionibus*». Zur Frage der *inscriptio* vgl. auch MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* cit., 26 Fn. 89; Z. VÉGH, *Ex pacto ius. Studien zum Vertrag als Rechtsquelle bei den Rhetoren*, in ZRG 110 (1993) 226-231, zuletzt BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa* cit., 446-453.

Das Edikt *de pactis* sei Ausdruck der *naturalis aequitas*, denn nichts entspreche der menschlichen *fides* mehr, als eine Vereinbarung, die nicht gegen die im Ediktstext genannten Rechtsquellen verstößt, zu befolgen. Die damit ersichtliche Verbindung von Konsensualität, *fides* und *aequitas* ist auch in anderen Kontexten zu beobachten, vor allem bei den konsensualen *bonae fidei iudicia*.³³ Die Wirksamkeit einer formlos getroffenen Vereinbarung wird auch in diesem Zusammenhang als Ausnahme dargestellt, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf.³⁴ Das von Ulpian hierfür bemühte Argument der *fides humana* findet sich auch in den literarischen Quellen, z.B. bei Cicero, für den die Bindung an das gegebene Wort Ausdruck der *aequitas naturalis* ist,³⁵ die schlechthin konstituierend für das Gemeinwesen sei.³⁶ Vor dem Hintergrund dieser Zeugnisse ist Ulpian's Lob des Edikts *de pactis* zwar nicht originell, aber auch nicht inhaltsleer oder bedeutungslos, sondern begründet die Wirksamkeit einer formlosen Vereinbarung (*pactum*). Da die *pacta* wahrscheinlich erst durch das prätorische Edikt generelle Wirkung (jedenfalls durch *exceptio*) erhielten,³⁷ lässt sich der einleitende Appell an die *naturalis aequitas* als Legitimation der prätorischen Rechtsschöpfung auffassen. In diesem Sinne entspricht die *naturalis aequitas* des Edikts *de pactis* dem prätorischen Ursprung der Rechtsschutzverheißung.

1.2.2. Ähnliches gilt auch für die als unmittelbares Proömium formulierte *laudatio* des Edikts *de minoribus viginti quinque annis*.

Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.1 pr.-1. Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmo-*

³³ Vgl. vor allem Ulp. 32 *ad ed. D. 19.1.11.1*. Für interpoliert hielt dies PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum* cit., 651 s., dem noch M. KASER, Rez. zu A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, in ZRG 82 (1965) 417 Fn. 4 gefolgt ist; anders bereits A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, 22; R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in ZRG 84 (1967) 153 Anm. 95; WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen* cit., 87 Fn. 312; dezidiert nun D. NÖRR, *Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht*, in ZRG 121 (2004) 156 Fn.18.

³⁴ Vgl. z.B. Gai. *Inst.* 3.136, dazu H.L.W. NELSON - U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 231-234.

³⁵ Vgl. Cic. *off.* 1.23: *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiusdam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est, appellatam fidem*. Vgl. dazu nur WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen* cit., 73 s.; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64 (1998) 443.

³⁶ Vgl. dazu ausführlich TONDO, *Note ulpianee* cit., 441-464.

³⁷ Schon die XII-Tafeln kennen allerdings neben dem Stühnepactum (8.2) ein in seiner weiteren Bedeutung unklares prozessuales *pacere* (1.6 s.), zu beidem vgl. S. CONDANARI-MICHLER, *Pactum (pactio, conventio)*, in AA.VV., *RE* 18 (1940) 2128 s. Zur Geschichte des Edikts *de pactis*, vgl. zuletzt BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa* cit., 443-475.

di aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.

1. *Praetor edicit: «quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam»*.³⁸

Ulpian betont, der Schutz der Minderjährigen (*tutela minorum*) sei deshalb ein Gebot der *naturalis aequitas*, weil diese wegen ihres Alters schwach, im Urteil unsicher sowie Übervorteilungen ausgesetzt und Nachstellungen preisgegeben seien. Diese Ausführungen zur Schwäche der unter 25jährigen bereiten den Adressaten auf das folgende Ediktszitat vor, nach dem der Prätor sich vorbehält, Geschäfte, die mit einem Minderjährigen geführt worden sind, zu überprüfen (*animadvertere*).

Auch der Schutz der Schwachen und Schutzlosen (*infirmitas*) als Inhalt der *naturalis aequitas* ist sowohl in klassischen juristischen³⁹ als auch außerjuristischen Texten anzutreffen.⁴⁰ Dass gerade das prätorische Edikt diesen Schutzgedanken umsetzt, kann aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift erklärt werden. Nach einer plausiblen Hypothese ist das Edikt *de minoribus viginti quinque annis* eingeführt worden, um den unzureichenden Schutz durch die *lex Laetoria*, die nur eine pönale Popularklage eröffnete,⁴¹ zu vervollständigen. Di Salvo hat allerdings angenommen, die *lex Laetoria* habe nicht dem Schutz des Minderjährigen, sondern dem Schutz der wirtschaftlichen Vormachtstellung der *equites* gedient.⁴² Selbst wenn diese These zutreffen sollte, bedeutet dies noch nicht, dass sie unbesehen auch auf das prätorische Edikt übertragen werden

³⁸ Zur Rekonstruktion, vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 116.

³⁹ Vgl. z.B. Ulp. 4 *ad ed. D. 2.13.1.5*: *Eis, qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt vel alia ex iusta causa, subvenietur*, und Ulp. 29 *ad ed. D. 16.1.2.2*: *Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbellicitatem multis huiusmodi casibus suppositis atque obiectis*. Zur rusticitas, vgl. TH. MAYER-MALY, *Einsicht und Erkundigungspflicht*, in *Iura* 27 (1976) 5-7; DERS., *Rusticitas*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Sanfilippo I*, Milano 1982, 307-347.

⁴⁰ Vgl. z.B. Plaut. *Trin.* 117: *(Adulescens) qui tuae mandatus est fide et fiducia*; ähnlich die Kritik an Verres bei Cicero in der sog. Habonius-Affäre: Cic. *Verr.* 2.1.146: *Pupilli, cuius aetatem et solitudinem, etiamsi tutores non essent, defendere praetor debuit*.

⁴¹ Zum Verhältnis von *lex Laetoria* und Edikt, vgl. S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli 1979, 162 s. mit Fn. 212. Allgemein auch A. WACKE, *Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen – besonders durch die exceptio legis Laetoriae*, in *TR* 48 (1980) 202-206. H. ANKUM, *Gab es im klassischen römischen Recht eine exceptio und eine replicatio legis Laetoriae?*, in AA.VV., *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag*, Graz 1992, 21-33 geht davon aus, dass das klassische Recht keine Rechtsbehelfe mehr auf Grundlage der *lex Laetoria*, sondern allein aufgrund des prätorischen Ediktes kennt. Zustimmung nun F. MUSUMECI, *Pretore, giudice e protezione dei minori di venticinque anni*, in *Labeo* 50 (2004) 65.

⁴² DI SALVO, *Lex Laetoria* cit., bes. 77-93, dazu H. STIEGLER, Rez. zu S. DI SALVO, *Lex Laetoria* cit., in ZRG 102 (1985) 771 einerseits, ANKUM, *Exceptio und replicatio legis Laetoria* cit., 21 s. andererseits.

kann. Zudem spricht – wie Ankum zu recht hervorhebt – schon der in *lex Laetoria* verwendete Begriff der *circumscriptio* dafür, dass diese jedenfalls auch den Schutz des unter 25jährigen bezweckte.⁴³ Nichts deutet darauf hin, dass im Edikt *de minoribus viginti quinque annis* der Schutzgedanke nur vorgeschoben ist. Vielmehr zeigen die auch aus Ulpian's Kommentar ersichtlichen, bisweilen harschen Rechtsfolgen für den Vertragspartner des *minor*,⁴⁴ dass der Schutz des Minderjährigen, wie ihn die *aequitas* verlangt, im Edikt auch erreicht wird. Die Schaffung des Edikts *de minoribus viginti quinque annis* kann daher sehr wohl aus dem der *naturalis aequitas* entsprechenden Schutz der Schwachen motiviert sein.

1.2.3. Ebenfalls traditionellen Bahnen folgt die Begründung des spätklassischen Juristen zur *naturalis aequitas* der *actio de pecunia constituta*.⁴⁵

Ulp. 27 *ad ed. D.* 13.5.1 pr.-1. *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.*

1 *Ait praetor: «qui pecuniam debitam constituit»*.⁴⁶

Auch für dieses Edikt ist die *laudatio edicti* ein echtes Proömium, das dem Ediktstext und dem daran anschließenden lemmatischen Kommentar voransteht. Im Unterschied zu den bisher betrachteten Edikten geht der Formel der *actio de pecunia constituta* allerdings keine allgemeine Rechtsschutzverheißung voraus, sondern der Jurist knüpft seinen Kommentar an das jeweilige Zitat der einzelnen Elemente der Klageformel. Die Konformität der *actio de pecunia constituta* mit der *naturalis aequitas* ergibt sich für Ulpian daraus, dass sie einen Verstoß gegen die (formlose) Vereinbarung, d.h. die Verletzung der *fides*, sanktioniert.⁴⁷ Auch dieses Edikt dürfte auf Rechtsschöpfung des Prätors zurückgehen: Zwar sind die Einzelheiten des Entstehens

⁴³ Vgl. zuletzt ANKUM, *Exceptio und replicatio legis Laetoriae* cit., 21 mwN in Fn. 4 «Es ist unzweifelhaft, daß der Begriff der *circumscriptio* der *lex Laetoria* den Willen, den *minor* zu benachteiligen, miteingeschlossen hat».

⁴⁴ Vgl. z.B. Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.7.2, Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.7.3, Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.9 pr., Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.16.1, Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.16.2.

⁴⁵ Vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 247-252.

⁴⁶ J. ROUSSIER, *Le constitut*, in AA.VV., *Varia. Études de droit romain* III, Paris 1958, 13 hält dies allerdings für eine «pieuse génuflexion», obwohl er den Ursprung der Klage (aaO., 12) darin sieht, dass «sous couleur de venger les outrages faits à la Fides, le Préteur créa un moyen plus adapté et qui fut l'action in factum». Anders bereits WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen* cit., 75 mwN.

⁴⁷ Dies bedeutet nicht, dass man so weit gehen muss wie MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* cit., der das Edikt *de pecunia constituta* als Ausdruck eines allgemeinen Konsensualismusprinzips sieht. Zu *fidem fallere*, vgl. auch Cic. *inv.* 1.71, dazu G. FREYBURGER, *Fides. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris 1986, 85 s.

der *pecunia constituta* unklar. Durchgesetzt hat sich aber die Vorstellung, dass die vermutlich ursprünglich als Annex zum Darlehen getroffene Terminabsprache, für deren Verletzung die *condictio certae pecuniae* oder *certae rei* keine Sanktion bereitstellte,⁴⁸ vom Prätor mit einer eigenen Klagemöglichkeit versehen wurde, die die Möglichkeit eröffnete, dem Gläubiger auch den Verzugsschaden zu ersetzen. Insofern liegt auch hier nahe, die *naturalis aequitas* als Legitimation der prätorischen Rechtsschöpfung zu sehen,⁴⁹ die – wie beim *pactum* – dem Schutz der durch formlose Vereinbarung begründeten *fides* dient.

1.2.4. Ebenfalls eine ergänzende Funktion hat das Edikt *Si is qui testamento liber esse iussus*,⁵⁰ das Ulpian in Anlehnung an Labeo mit dem Topos der Zurückdrängung der *impunitas* rechtfertigt.⁵¹ Im Gegensatz zu den bisher betrachteten Fällen ist das Ediktslob allerdings nachgestellt (Ulp. 38 *ad ed. D.* 47.4.1.1):

Ulp. 38 *ad ed. D.* 47.4.1 pr.-1. *Si dolo malo eius, qui liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicetur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret: in eum intra annum utilem dupli iudicium datur.*

1 *Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere*.⁵²

Im *principium* schildert Ulpian den Inhalt der Klage. Sie wird erteilt, wenn ein im Testament Freigelassener die Schwebezeit bis zum Erbschaftsantritt nutzt, um Sachen

⁴⁸ Vgl. G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento* II, Milano 1941, 1-10; KOSCHAKER, Rez. ASTUTI cit., 469-477; ROUSSIER, *Le constitut* cit., 6-12. Eine neuere Monographie fehlt.

⁴⁹ Vgl. auch M. KASER, *Zum 'ius honorarium'*, in DERS., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Wien-Köln-Graz 1986, 101 s.

⁵⁰ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 333.

⁵¹ Zum *impunitas*-Argument bei Ulpian und anderen klassischen Juristen, vgl. zuletzt M. BÖRSCH, *Damit Übeltaten nicht ungestraft bleiben. Impunitas als Argument der klassischen römischen Juristen*, Frankfurt a.M. 2003, 25 s.

⁵² Zum Text, vgl. P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I. *Les sources*, Part 2, Paris 1915 (Nachdr. Roma 1968), 572-574. M.G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47, 4 del digesto*, Milano 1994, 1-32 mwN in Fn. I; BÖRSCH, *Damit Übeltaten nicht ungestraft bleiben* cit., 54-59 mwN 54 Fn. 2.

aus der Erbschaft an sich zu bringen oder zu beschädigen.⁵³ Wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hat und die Freilassung vollzogen ist, kann dieses *furtum (crimen expilatae hereditatis)* nach den üblichen Regeln nicht mehr sanktioniert werden. Der Bestrafung als Sklave (*coercitio servi*) steht die wirksame Freilassung entgegen; der Anwendung der (zivilen) *actio furti* die Tatsache, dass er die Sache als Sklave gestohlen hat.⁵⁴ Der Prätor habe deshalb eine *actio furti utilis* auf das doppelte erteilt, was schon Labeo als Ausdruck einer *naturalis aequitas* im Gegensatz zur *civilis aequitas* (*actio furti*) gewertet habe.⁵⁵ Es entspreche – wie Ulpian anschließend ausführt – der natürlichen Gerechtigkeit, ein derartiges Vorgehen, d.h. die Ausnutzung der Straflosigkeit, nicht ungesühnt zu lassen.

Anders als in den bisher betrachteten Edikten dient Ulpian die *naturalis aequitas* nicht zum einleitenden Appell an die *benevolentia* des Lesers oder Hörers, sondern zur nachträglichen Erläuterung und Rechtfertigung einer zuvor dargestellten prätorischen Klage. Dennoch besteht kein Grund, den proömialen Charakter des Argumentes in Zweifel zu ziehen. Der Grund für die im Vergleich zu Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr., Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1 pr.-1 und Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1 pr.-1 abweichende Darstellungsweise könnte die größere Technizität und Spezialität der im 38. Buch behandelten Materie sein. So ist Gegenstand des Ediktes nicht allgemein die Unterbindung der *impunitas*, sondern die Strafklage in einer ganz spezifischen Situation. Während der Appell an die *naturalis aequitas* bei den bisherigen drei Edikten auf Anhieb verständlich ist, wäre eine allgemeine Einleitung mit dem Hinweis *natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est* zu weitgehend und daher auch als einleitende Floskel nicht zielführend. Jedenfalls in der Gerichtspraxis verlangt nämlich z.B. Quintilian für ein kunstgerechtes *prooemium* die ausreichende Information des Richters über den zugrundeliegenden Sachverhalt.⁵⁶ Nach diesem Postulat muss Ulpian zunächst den spezifischen Regelungsgehalt des Edikts *Si is qui testamento*

⁵³ Zum Charakter des Delikts, vgl. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente* cit., 25-33, zustimmend H. STIEGLER, Rez. zu M.G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente* cit., in ZRG 115 (1998) 577.

⁵⁴ Vgl. bereits HUVELIN, *Études sur le furtum* cit., 574: «que l'héritier n'avait pas eu alors le temps de châtier l'esclave coupable». Zuletzt SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente* cit., 41-44.

⁵⁵ Zum viel diskutierten Gegensatz von *naturalis* und *civilis aequitas* in diesem Zusammenhang, vgl. zuletzt SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente* cit., 40-61. Allgemein zu diesem Gegensatz, vgl. nur A. MANTELLO, *Natura e diritto da Servio a Labeone* und M. BRETONI, *Labeone e l'ordine della natura*, supra, 201-269.

⁵⁶ Vgl. Quint. inst. 4.1.3: *certe prooemium est, quod apud iudicem dici prius quam causam cognoverit prosit, vitioseque in scholis facimus, quod exordio semper sic utimur, quasi causam iudex iam noverit*, und Quint. inst. 4.1.4: *cuius rei licentia ex hoc est, quod ante declamationem illa velut imago litis exponitur. sed in foro quoque contingere istud principiorum genus secundis actionibus potest, primis quidem raro umquam, nisi forte apud eum, cui res iam aliunde nota sit, dicimus*.

liber esse iussus beschreiben, um zu klären, was Gegenstand und Anlass seiner Ausführungen sein wird.

Auch diese *laudatio* betrifft eine vom Prätor in Ergänzung der zivilrechtlichen Regelung geschaffene Klage, die entsprechend eines auch sonst in juristischen und literarischen Quellen anzutreffenden Argumentes die Ungesühntheit (*impunitas*) im Interesse der *aequitas* vermeiden helfen soll.⁵⁷ Diese Ergänzung der zivilrechtlichen Regelung durch das prätorische Recht wird durch die Unterscheidung von *naturalis* und *civilis aequitas* expliziert.

1.2.5. Eine weitere Schicht der *aequitas* wird im Lob des Edikts *de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*⁵⁸ sichtbar:

Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1 pr.-1. *Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.*

1 *Generaliter parentes et liberos praetor exceptit nec gradus liberorum parentumve enumeravit: in infinitum igitur eis praestabitur. sed nec personas persecutus est, utrum ex virili sexu an ex feminino descendit. quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si iura cognationis sunt inter eos.*

Das Edikt entspreche der *naturalis aequitas* sowie der neuen *aequitas*, die darin liege,⁵⁹ dass diejenigen, die durch *bonorum possessio contra tabulas* den letzten Willen des Vaters außer Kraft gesetzt hätten, Legate und Fideikommiss des Erblassers für bestimmte Personen zu leisten hätten. Zum geschützten Personenkreis (*personae exceptae*) gehören die Eltern und Kinder sowie – unter engeren Voraussetzungen – die Ehefrau und Schwiegertochter, soweit es um ein Legat der Mitgift geht.⁶⁰ Im Gegensatz zu den bis-

⁵⁷ Für weitere Beispiele der Verknüpfung von Verfolgung der *impunitas* und *aequitas*, vgl. Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.6.6, Gai. Inst. 3.40, dazu zuletzt BÖRSCH, *Damit Übeltaten nicht ungestraft bleiben* cit., 120-123 einerseits und SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente* cit., 44 andererseits. Scacchetti erklärt die *actio in factum* vor allem aus «il sopravvivere ed il perdurare dell'antico principio secondo cui non poteva darsi furto di bene ereditario», dazu kritisch STIEGLER, Rez. SCACCHETTI cit., 578 s. Es ist zu erwägen, ob insofern nicht ein Unterschied zwischen Labeo und Ulpian besteht.

⁵⁸ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 344; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze 1930, 357-370; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Parte speciale I*, Milano 1956, 352-361.

⁵⁹ Zur quasikausalen Bedeutung *ad aliquid (id)*, vgl. M. LEUMANN - J.B. HOFMANN - A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik. Auf Grundlage des Werkes von Friedrich Stolz und Joseph Hermann Schmalz. Zweiter Band: Lateinische Syntax und Stilistik*, München 1965, 220.

⁶⁰ Zu den Einzelheiten, vgl. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., 358.

herigen Stellen tritt hier die *naturalis aequitas* nicht nur in Konkurrenz zur *aequitas civilis*, sondern erhält selbst Ergänzung durch eine *nova aequitas*. Die *nova aequitas*, die sonst in den Digesten nicht belegt ist, dürfte mit der erst im Kaiserrecht (*ius novum*) anzutreffenden Unterhaltungspflicht zwischen Verwandten zusammenhängen.⁶¹

Anders als in den bisherigen *laudationes* macht der spätklassische Jurist keine Angaben zum Inhalt der *naturalis aequitas*. Man könnte daher geneigt sein, Ulpian's Ausspruch an die an anderer Stelle mit der *aequitas (ratio sanguinis)*⁶² in Verbindung gebrachte *bonorum possessio contra tabulas* anzuknüpfen.⁶³ Dafür spricht, dass das Edikt nur einen Annex des übergeordneten Titels *de bonorum possessionibus*, insbesondere *de bonorum possessione contra tabulas*⁶⁴ darstellt, nicht anders als die Edikte *de collatione bonorum*,⁶⁵ *de dotis collatione*,⁶⁶ *de coniugendis cum emancipato libris eius*,⁶⁷ *de ventre in possessionem mittendo et curatore eius* und das *edictum Carbonianum*.⁶⁸ Diese Edikte komplettieren die Anordnung der *bonorum possessio contra tabulas* in verschiedener Hinsicht. So bedeutet die Anordnung der *collatio bonorum* und *dotis* genauso wie die Vorschrift *de legatis praestandis* eine Einschränkung der durch die *bonorum possessio contra tabulas* erreichten Position, während die Edikte *de coniugendis cum emancipato libris eius*, *de ventre in possessionem mittendo et curator eius* sowie das *edictum Carbonianum* das Recht auf die *bonorum possessio contra tabulas* ausgestalten und z.T. erweitern, indem auch Personen einbezogen werden, denen *prima facie* nicht oder nur unter Umständen

⁶¹ Vgl. (zu Ulp. 40 ad ed. D. 37.5.3.5) E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit*, in AA.VV., *Festschrift für Fritz Schulz I*, Weimar 1951, 315 Fn. 3. Allgemein zur Frage, vgl. KASER, *Römisches Privatrecht* cit. I, 209, 351 s. mwN.

⁶² Vgl. bereits Cic. *part.* 98: *atque eius quidem generis finis est aequitas: quae non simpliciter spectatur, sed ex comparatione nonnumquam, ut [...] cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio; in quibus causis, quid aequius atque aequissimum sit, quaeritur, quas ad causa facultas petitur argumentationum ex iis, de quibus mox dicitur, aequitatis locis*. Vgl. dazu E. COSTA, *Cicerone Giureconsulto I. Nuova edizione Vol. 1 e 2 (Ristampa della edizione di Bologna 1927)*, Roma 1964, 214; A. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford 1971, 81 s. mwN.

⁶³ Die *bonorum possessio contra tabulas* dient dem Schutz der agnatischen Verwandtschaft, vgl. LA PIRA, *La successione ereditaria* cit., 357-359 (zum Text), B. BIONDI, *Bonorum possessio contra tabulas e legati*, in *Scritti giuridici III*, Milano 1965, 621-624; L. VACCA, *In tema di bonorum possessio contra tabulas*, in *BIDR* 81 (1977) 166-169.

⁶⁴ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 343.

⁶⁵ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 345, vgl. auch Ulp. 40 ad ed. D. 37.6.1: *Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna*.

⁶⁶ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 346.

⁶⁷ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 347, vgl. auch Ulp. 40 ad ed. D. 37.8.1.1: *Hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes iure potestatis obiciantur patri suo*.

⁶⁸ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., Vgl. ausführlich H. STIEGLER, *Statusstreit und Kindeserbrecht. Probleme des edictum Carbonianum*, Graz 1972, 26-33 mwN.

die *bonorum possessio* zugesprochen werden kann. Somit ist nicht nur die Zuerkennung der *bonorum possessio contra tabulas* in ihren verschiedenen Facetten Ausdruck der *naturalis aequitas*, sondern auch ihre Grenzen oder Einschränkungen.

Während die *naturalis aequitas* der *bonorum possessio contra tabulas* darin gesehen wird, dass sie die Blutsverwandtschaft gegenüber der agnatischen Familie betont,⁶⁹ dürfte der Inhalt der *naturalis aequitas* der die *bonorum possessio contra tabulas* einschränkenden Edikte in der notwendigen Gleichbehandlung der Erben liegen. Dieser Gedanke tritt besonders deutlich bei der *collatio bonorum* hervor. Hier zwingt der Prätor den Emanzipierten mit jedem der *sui heredes* eine *satisfactio* abzuschließen, in der er diesem nach dem Ermessen eines *bonus vir* eine Quote seines Vermögens zu leisten verspricht.⁷⁰ Dadurch soll die Begünstigung des Emanzipierten, der durch die Emanzipation eigenes Vermögen erhalten hat, gegenüber den *sui heredes* ausgeglichen werden.⁷¹ Ähnliches gilt für die *collatio dotis*,⁷² da die Tochter, die eine Mitgift erhalten hat, gegenüber den Geschwistern bevorzugt wäre. Auch für das hier untersuchte Edikt *de legatis praestandis* ist naheliegend, dass Ulpian die *naturalis aequitas* in dem angestrebten Ausgleich zwischen den verschiedenen Erben – *bonorum possessor contra tabulas* einerseits und *liberi et parentes* andererseits – sieht. Mit dieser Annahme kann man die *naturalis aequitas* des Edikts von der gleichfalls verwirklichten *nova aequitas* abgrenzen, da letztere vor allem die Bevorzugung von Eltern und Kindern (*liberi et parentes*)⁷³ gegenüber anderen Bedachten erklärt.

Damit sind für das Edikt *de legatis praestandis* drei Rechtsschichten zu unterscheiden: Zum einen das *ius civile*, nach dessen ursprünglicher Regelung der Erblasser seine *sui heredes* zur Erhaltung eines ungeteilten Vermögens entweder einsetzen oder enterben kann,⁷⁴ zum anderen die *aequitas naturalis*, die entgegen einer als unbillig empfundenen

⁶⁹ Vgl. VACCA, *In tema di bonorum possessio contra tabulas* cit., 166-169 mwN. Explizit taucht dieses Argument aber vor allem bei der *bonorum possessio intestati [si tabulae testamenti nullae extabunt]* auf, vgl. zu *unde cognati* (LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 356 s.) Gai. 16 ad ed. prov. D. 38.8.2: *Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficient*.

⁷⁰ Vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 536; M. KASER, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, 731 s.

⁷¹ Vgl. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 731; Zur *cautio*, vgl. zuletzt A. CABALLÉE MARTORELL, *La collatio emancipati*, Madrid 1997, 155-185 und K. PAKONSTANTINOU, *Die collatio dotis. Mitgift und Miterben-Auseinsetzung im römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien 1998, 47-66.

⁷² Vgl. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 732; zuletzt PAKONSTANTINOU, *Die collatio dotis* cit., 67-91.

⁷³ Zum Begriff (*parentes*), vgl. Gai. 8 ad ed. prov. D. 38.10.1 pr.; Paul. *l.s. de grad. et adfin. et nom. eor.* D. 38.10.10.7. Zu Unterschieden zwischen *liberi* und *parentes*, vgl. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., 358.

⁷⁴ Vgl. dazu zuletzt A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio, sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, in *SDHI* 59 (1993) 259-278 mwN.

denen testamentarischen Anordnung den Blutsverwandten die *bonorum possessio contra tabulas* eröffnet,⁷⁵ und letztlich die *nova aequitas*, die dieses Recht in Bezug auf die Legate und Fideikommissen zugunsten bestimmter Personengruppen (*liberi et parentes*) wieder einschränkt. Unter dieser Prämisse ist der einleitende Hinweis Ulpian's auf die *naturalis aequitas* erneut keine inhaltsleere Formel, sondern beschreibt zutreffend den prätorischen Eingriff (*bonorum possessio contra tabulas*) in die Regelungen des Zivilrechts.

1.2.6. Eine ähnliche Ergänzung könnte auch Anlass für den zuletzt zu betrachtenden Ediktstext sein, den Ulpian mit der *naturalis aequitas* in Beziehung setzt: das *precarium*.

Ulp. 71 *ad ed. D. 43.26.2 pr.-2. Ait praetor: «quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas».*⁷⁶

1 *Hoc interdictum restitutorium est.*

2 *Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem [...].*

Ähnlich dem Edikt *si is qui testamento liber esse iussus* hat Ulpian die *laudatio edicti* dem Ediktstext, der das *interdictum* verheißt, nachgestellt. Der Grund dürfte auch hier darin liegen, dass die im *principium* und in Fragment 1 gegebenen Informationen notwendig oder jedenfalls hilfreich sind, um das Ediktslob zu verstehen. So beschreibt das *principium*, unter welchen Voraussetzungen der Prekarist die überlassene Sache an den Eigentümer zurückzugeben hat. Fragment 1 betont nochmals den restitutorischen Charakter des Interdikts. Dieser ergibt sich zwar bereits aus dem ediktalen Wortlaut (*restituas*),⁷⁷ ist aber für die folgenden Ausführungen über die dem Edikt inhärente *naturalis aequitas* derart zentral, dass eine Wiederholung dem besseren Verständnis dient.

Die *naturalis aequitas* des Edikts sieht Ulpian nämlich darin, dass das *precarium* wegen seiner Unentgeltlichkeit zurückzugeben ist, wenn der Überlassende seine Meinung ändert. Dass eine *liberalitas* oder ein *beneficium* zurückgefordert werden kann, ist ein auch in anderen Zusammenhängen bekannter juristischer⁷⁸ wie literarischer

⁷⁵ VACCA, *In tema di bonorum possessio contra tabulas* cit., 159.

⁷⁶ Vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 486.

⁷⁷ Vgl. Überblick über die restitutorischen Interdikte bei D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999², n. 108-121.

⁷⁸ Dies gilt v.a. für die *donatio mortis causa*, vgl. z.B. Scaev. 5 *resp. D. 39.5.32: Lucius Titius epistulam talem misit: «ille illi salutem. hospitio illo quamdiu volueris utaris superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epistula notum tibi facio»: quaero an heredes eius habitatione eum prohibere possunt. respondit secundum ea*

Topos.⁷⁹ Insbesondere wird in der juristischen Literatur die *condictio (indebiti)* aus der natürlichen Billigkeit gerechtfertigt, nach der Hingegebenes wieder zurückgegeben werden müsse.⁸⁰ Da die *condictio* ursprünglich vermutlich nicht für die Rückübertragung des Besitzes offengestanden hat,⁸¹ ist zu überlegen, ob nicht Ulpian das *interdictum de precario* deshalb als Ausdruck der *naturalis aequitas* ansieht, weil es die zivile Kondiktionsklage insoweit ergänzt,⁸² als der Eigentümer mithilfe des *interdictum* unabhängig von einer formellen *datio* gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt vorgehen kann.⁸³

1.3. *Naturalis aequitas* als Rechtfertigung prätorischer Rechtsschöpfung

Fasst man die bisherigen Überlegungen zusammen, bestätigt sich, dass die von der Interpolationistik behauptete Inhaltslosigkeit der *laudationes edicti* nicht zutrifft. Die Betonung der *naturalis aequitas* durch Ulpian entspricht nicht nur den auch andernorts anzutreffenden Ausprägungen der *fides*,⁸⁴ sondern stimmt nach der für die meisten der

quae proponerentur, heredes eius posse mutare voluntatem; Iul. 17 dig. D. 39.6.13.1: Marcellus notat: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt. nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur: et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit; Paul. 6 ad l. Iul. et Pap. D. 39.6.35.4: Mortis causa donatio fit multis modis: [...] nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit.

⁷⁹ Vgl. Pompon. 29 *ad Sab. D. 43.26.15 pr.: Et habet summam aequitatem ut eatenus quisque nostro utatur quatenus ei tribuere velimus*, kritisch zu dieser juristischen Sichtweise dagegen Sen. *ben. 5.20.6: Dicet aliquis: quid tanto opere quaeris, cui dederis beneficium, tamquam repetiturus aliquando? Sunt, qui numquam iudicent esse repetendum, et has causas adferunt: Indignus etiam repetenti non reddet, dignus ipse per se referet. Praeterea, si bono viro dedisti, expecta, ne iniuriam illi facias appellando, tamquam sua sponte redditurus non fuisset; si malo viro dedisti, plectere; beneficium vero ne corrueris creditum faciendo. Praeterea lex, quod non iussit repeti, vetuit. Verba sunt ista.* Der Geber begeht deshalb auch keine *vis*, wenn er die Sache an sich nimmt, vgl. P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, 57-62; insoweit zustimmend M. KASER, *Zur Geschichte des precarium*, in *ZRG* 89 (1972) 98 s. Eine umfassende Übersicht zur Frage bietet J. MICHEL, *Gratuite en droit romain*, Bruxelles 1962, 51 s. zur Widerruflichkeit des *precarium* im Vergleich zur *habitatione gratuita* und 128-144 zum *precarium*. Erst neuzeitlich ist die Rückforderung der Schenkung bei Verarmung des Schenkers, vgl. dazu Nachweise bei M. KASER - R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München 2003¹⁷, § 33 Rn. 22 s.
⁸⁰ Vgl. z.B. Pap. 8 *quaest. D. 12.6.66; Pompon. 9 ex var. lect. D. 50.17.206*. Vgl. dazu ausführlich zuletzt J. STAGL, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer aequitas*, *infra*, 675-713.

⁸¹ Die *condictio possessionis* ist ab Julian belegt, vgl. M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien 1998, 89-107.

⁸² Zum Verhältnis von *interdictum de precario* und *condictio*, vgl. bereits die Überlegungen bei KASER, *Zur Geschichte des precarium* cit., 106 s. mwN. Aufschlußreich auch Paul. 13 *ad Sab. D. 43.26.14*.

⁸³ Dem steht nicht entgegen, dass der Prekarist nur Detentor ist, vgl. Iul. 49 *dig. D. 43.26.19.2*. Zum Text, vgl. zuletzt M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, 141 s. mwN.

⁸⁴ Zu den Inhalten der *fides*, vgl. FREYBURGER, *Fides* cit., 52-54 («respect de la parole donnée»), 67-74 («protection»), 64 s. («crédit») und aus juristischer Sicht L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano 1961, 3-40.

untersuchten Edikte wahrscheinlichen Entstehungsgeschichte mit dem prätorischen Ursprung der jeweiligen Verheißung überein. Nicht nur in Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1.1, sondern auch in den anderen Edikten wird die gegebene *civilis aequitas* (*ius civile*) durch Erwägungen der *naturalis aequitas* ergänzt. Ein erstes Ergebnis zur juristischen Bedeutung der *aequitas naturalis* in den Ediktslaudationen ist daher, dass Ulpian in einer Tradition der Ediktskommentierung steht, die die Entstehungsvoraussetzungen der jeweiligen Ediktsklausel reflektiert⁸⁵ und dabei die ergänzende Funktion der *naturalis aequitas* (*ius honorarium*) im Vergleich zur *civilis aequitas* (*ius civile*) hervorhebt.⁸⁶

2. Konkrete Fallsituationen, in denen die *aequitas* im Ediktskommentar als Argument wiederkehrt

Bei dieser allgemeinen Betrachtung der magistratischen Tätigkeit bleibt der Spätklassiker allerdings nicht stehen. Vielmehr lässt sich jedenfalls für vier der angesprochenen Edikte zeigen, dass er das *aequitas*-Argument auch im Fortgang der Kommentierung zur Entscheidung von konkreten Fallsituationen verwendet.

2.1. Exegesen

Zunächst ein Blick auf die Texte nach ihrer ediktalen Ordnung.

2.1.1. Im Rahmen des Ediktskommentars *de pactis* gebraucht Ulpian zweimal explizit die *aequitas*, um seine Entscheidung zu legitimieren. Das erste Fragment knüpft unmittelbar an die Auslegung des Ediktswortlautes unter dem die Wirksamkeit der *pacta* einschränkenden Stichwort *dolo malo* an:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.10. *Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse, aut supervacuum. iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit, inest enim dolo et fraus.*

Der Prätor habe für den Fall, dass behauptet werde, das *pactum* sei zum Zwecke der *fraus* abgeschlossen worden, keine Vorsorge getroffen.⁸⁷ Labeo habe diese Regelungslücke

⁸⁵ Zu Ulpian's Vorbild Pomponius, vgl. nun STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio* cit. II, 64 s.

⁸⁶ Vgl. Pap. 2 *def.* D. 1.1.7.1; dazu KASER, *Zum 'ius honorarium'* cit., 97-102 mwN; Zu diesem ergänzenden Verhältnis von *ius* und *aequitas*, vgl. grundlegend PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum* cit., 644 s.

⁸⁷ Es kann sich nicht um die *fraus legis* handeln (vgl. Ulp. 4 *ad ed.* D. 1.3.30 = *Pal.* 248), denn diese ist im Ediktstext vorgesehen, vgl. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.7: *Pacta conventa, quae neque dolo malo [...] neque fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.* Die *fraus creditoris* des Edikts *quae fraudationis gesta erunt* (Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.1.2) kommt dagegen grundsätz-

damit gerechtfertigt, die Berufung auf die *fraus* sei entweder unbillig oder überflüssig. Wenn nämlich der Gläubiger den ursprünglich in berechtigtem Vertrauen gewährten Erlass⁸⁸ wieder rückgängig machen wolle, sei dies unbillig (*iniquum*). Sei der Gläubiger beim Abschluss des *pactum de non petendo* getäuscht worden, sei eine Regelung überflüssig (*supervacuum*), da auch Arglist vorliege.⁸⁹

Die hier interessierende Unbilligkeit der Berufung auf die *fraus* entspricht der von Ulpian in der *laudatio* des Edikts *de pactis* hervorgehobenen *naturalis aequitas*. Zweck des Edikts ist nach Ansicht des Spätklassikers der Schutz der (formlosen) Vereinbarung, weil dies der *fides humana* entspreche.⁹⁰ Der Gläubiger soll den in Konformität mit der *bona fides* vereinbarten Erlass auch dann nicht in Frage stellen können, wenn ihn die Entscheidung wegen eingetretener Vermögenseinbußen reut. Das elementare Gebot des Vertrauensschutzes wird damit auch durch einen für den Gläubiger nachteiligen Inhalt des *pactum* nicht in Frage gestellt.⁹¹ Nur der *dolus* (*malus*) des Schuldners steht der Wirksamkeit des *pactum* entgegen.

Eine Konkurrenzproblematik betrifft das folgende Stück aus Ulpian's Kommentar zum Edikt *de pactis*:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.1. *Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.*⁹²

lich in Betracht. Das Edikt erlaubt nämlich nach seinem Wortlaut auch dem Schuldner sich gegenüber seinem Schuldner auf die eigene *fraus creditoris* zu berufen, vgl. Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.1 pr. (vgl. dazu LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 436, ihm folgend S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, Napoli 1934, 158 Fn. 1 und G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova 1958, 27 s. mit Fn. 41, anders jetzt mit guten Gründen P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin 2002, 249-252). Anhaltspunkte für diese engere Verwendung des Begriffs der *fraus* im vorliegenden Text fehlen.

⁸⁸ Zu *remittere*, vgl. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit II/1*, Halle 1865², 216.

⁸⁹ Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.9 *Dolo malo ait praetor pactum non servaturum...* Zum Verhältnis von *dolus* und *fraus*, vgl. H. KRÜGER - M. KASER, *Fraus*, in *ZRG* 63 (1943) 164 s. mit Fn. 127 s. mwN zur älteren Literatur, so auch F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo I*, Aalen 1969, 166, zuletzt G. GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht*, Göttingen 2003, 64 s.

⁹⁰ Für christlich inspiriert hält dies PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum* cit., 651 («*bona fides* und *humana fides* sind für die Byzantiner identisch»), zum Zusammenhang von *natura*, *ius gentium* und *fides*, vgl. aber nun KASER, *Ius gentium* cit., 34-39. Zur Rolle Labeos, vgl. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I*, Milano 1973, 266 mit Fn. 88 bis.

⁹¹ Zu den möglichen Situationen, vgl. PERNICE, *Labeo* cit., 216. Zustimmung BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit. II, 412.

⁹² Zum Text, vgl. zuletzt E.C. MARCHI, *Concorso de Credores e pactum ut minus solvatur*, Lecce 1999², 147-149. Die in der Literatur im Vordergrund stehende Frage der Rechtsnatur des *compromissum* interessiert hier nicht.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 4.8.2 (= *Pal.* 250). *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.*

In dem Fall, in dem die Einhaltung eines *pactum* durch das Versprechen einer Vertragsstrafe (*stipulatio poenae*) gesichert worden sei,⁹³ stelle sich die Frage, ob die *exceptio pacti* zur Anwendung komme oder die *actio ex stipulatu*. Wie auch Sabinus angenommen habe, stehe dem Stipulator das Rechtsmittel zur Wahl. Wenn er aber die *exceptio* wähle, sei es billig, dass er die Stipulation durch *acceptilatio* erlasse. Bei einem *compromissum* sei die *exceptio pacti* dagegen nicht einschlägig, sondern nur die Klage auf die Vertragsstrafe.

Die in den Quellen häufiger belegte Verstärkung eines formlosen *pactum* durch Stipulation⁹⁴ führt zu der Frage, wie sich *pactum* und Stipulation zueinander verhalten, insbesondere wie sich die Geltendmachung eines Rechtsbehelfes auf den anderen auswirkt. Wie der palingenetische Fortgang des Textes belegt, gilt eine klare Grenzziehung allein beim *compromissum*. Der Grund für diese Besonderheit dürfte darin liegen, dass die Stipulation beim *compromissum* eine Voraussetzung für die *receptum*-Haftung des *arbiter* darstellt, weshalb insoweit das *pactum* durch die Stipulation verdrängt wird.⁹⁵

Das von Sabinus für die Fälle außerhalb des *compromissum* angenommene Wahlrecht des Stipulator zwischen *exceptio pacti* und Stipulationsklage ist für den *promissor* unproblematisch, wenn der Stipulator – wie meist zu empfehlen – aus der Stipulation vorgeht, da der Prätor die *exceptio pacti*, die dem Stipulator an sich ebenfalls zustünde, nur dann gewährt, wenn dies der *aequitas* entspricht.⁹⁶ Prozessual verwickelter ist die Situation, wenn der Stipulator, weil er vom *promissor* in Anspruch genommen worden

⁹³ Zur Parallelität von *pactum* und Stipulation in den Urkunden, vgl. auch Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.12: *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri «rogavit Titius, sponndit Maevius», haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.*

⁹⁴ Berühmt-berüchtigt ist Paul. 3 *epit. Alf. dig.* D. 17.2.71 pr. Weitere Belege bei M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in AA.Vv., *Le droit romain et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de Varsovie*, Varsovie 1978, 195-266.

⁹⁵ Vgl. Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.8.13.1: *Idem Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum et de te poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum. sed cui rei moveatur, non video: nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. quamquam si petitor fuit qui stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum, quia is qui convenitur tutus est veluti pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.* Zum umstrittenen Verhältnis von *pactum* und Stipulation beim *compromissum*, vgl. zuletzt M. HUMBERT, *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Talamanca IV*, Napoli 2001, 387-411 mwN.

⁹⁶ Zur *aequitas* als Grundlage der *exceptio doli*, vgl. nur Gai. *Inst.* 4.116, dazu in diesem Zusammenhang vor allem J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien 1970, 7-11. Zur *aequitas* in Gai. *Inst.* 4.116, vgl. L. ATZERI, *Natura e ius naturale fra tradizione interna ed esterna al Corpus Iuris giustiniano*, *infra*, 715-758.

ist, zunächst die *exceptio pacti* erhoben hat. Da die Zulassung der Klage aus der Stipulation nicht zwingend auch die Prüfung beinhaltet, ob das *pactum* als *causa stipulationis* fortbesteht, kann der Fall eintreten, dass der Stipulator trotz der erfolgreichen Hemmung der Klage des *promissor* durch das *pactum* die Stipulationsklage ungehindert erheben kann.

Ulpian begegnet dieser Unbilligkeit des *ius civile* mithilfe der *aequitas*. Es sei billig (*aequum*), dass der Stipulator, der sich auf die *exceptio pacti* berufen und damit sein Ziel erreicht habe, dem *promissor* die Stipulation durch *acceptilatio* erlasse. Bemerkenswert an dieser Argumentation ist, dass der Jurist die einvernehmliche Lösung mittels *acceptilatio* einer erst auf den Verstoß des Stipulator gegen die Absprache gestützten Lösung mittels *exceptio doli mali* vorzieht.⁹⁷ Man kann hierin ein Indiz dafür sehen, dass das von Ulpian angeführte Argument an die *fides humana* des Ediktslobs (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr.) anknüpft: Da die Parteien durch die Doppelung von *pactum* und Stipulation dem Stipulator ein Wahlrecht eingeräumt haben, hat dieser dem Geiste der Vereinbarung entsprechend dafür zu sorgen, dass sein Vorteil nicht zum Nachteil des Schuldners wird. Dies aber bedeutet, dass er nach Ausübung des Wahlrechts entweder auf die *exceptio* oder auf die Stipulation verzichten muss. Während der Verzicht auf die *exceptio* formlos möglich ist und schon in der Erhebung der *actio ex stipulatu* gesehen werden kann, bedarf die (wirksame) Aufhebung der Stipulation des Konträraktes der *acceptilatio*.

Der kautelarjuristische Charakter der Lösung steht nicht im Widerspruch zu einer prozessualen Sicht des Problems. Der Prätor hat nämlich – wenn man Ulpian's Auffassung von der Bedeutung der *naturalis aequitas* im Edikt *de pactis* folgt – die Aufgabe, diese Parteivereinbarung (*ea quae inter eos placuerunt*) zu schützen (*servare*). Es ist daher vorstellbar, dass er den Stipulator bereits bei Erlass der *exceptio pacti* zwingt, die den *promissor* befreiende *acceptilatio* zu erklären.⁹⁸ Unter dieser Prämisse hilft die in der *laudatio edicti* herausgearbeitete *fides humana* dem spätclassischen Juristen bei der genauen Bestimmung des Inhalts der ediktalen Verheißung *servare* und bietet damit den Schlüssel zur Lösung des Konkurrenzproblems zwischen Stipulation und *pactum* in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.2.⁹⁹

⁹⁷ Diese Konkurrenz war Ansatzpunkt der weitreichenden Interpolationenkritik an dem Text, vgl. Nachweise und Verteidigung des Textes bei M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano 1956, 51 Fn. 33.

⁹⁸ Zu den Zwangsmitteln des Prätors, vgl. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 222 s. mwN. Zu recht weist ANKUM, *L'actio de auctoritate cit.*, 3 s. darauf hin, dass auch das Edikt *de minoribus viginti quinque annis* sich nicht auf die Gewährung der *restitutio in integrum* beschränkt, sondern die weite Fassung der Verheißung auch «la non-reconnaissance des effets d'un acte juridique prétorien» rechtfertigt.

⁹⁹ Zweifel an der Urheberschaft Ulpian's bei K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano al inizio del principato*, in AA.Vv., *Studi in onore di Edoardo Volterra I*, Milano 1971, 607 s.

Im Ergebnis lassen sich daher beide expliziten Bezugnahmen auf die *aequitas* in Ulpian's Ediktskommentar *de pactis* an das auf die *naturalis aequitas* gestützte Ediktslob anknüpfen.

2.1.2. Ähnliches ist in Ulpian's Kommentar zum Edikt *de minoribus viginti quinque annis* zu beobachten. Eine interessante Katene bildet die Erörterung Ulpian's zur *causae cognitio* bei der *in integrum restitutio* zugunsten eines *minor* (Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13* pr.-1). Sie betrifft verschiedene Fragen der Drittwirkung der *in integrum restitutio*:

Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13* pr.¹⁰⁰ *In causae cognitione versabitur, utrum soli ei succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, ut puta fideiussoribus. itaque si cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio.*

*In summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur.*¹⁰¹

Ulpian behandelt zunächst den Fall eines *fideiussor*, der dem Vertragspartner eines Minderjährigen Garantie versprochen hat und ihn so zum Vertragsschluss bestimmt hat. Der Jurist hält es für unbillig, dem *fideiussor* gegenüber der Klage des Gläubigers mit der *in integrum restitutio* zu Hilfe zu kommen. Vielmehr sei dem Bürgen im Verhältnis zum Minderjährigen die auf Rückgriff gerichtete *actio mandati* zu verweigern. Ulpian resümiert diese und möglicherweise in der Kompilation gestrichene Konstellationen¹⁰² (*in summa*) mit der Überlegung, dass der Prätor entweder gegen den Gläubiger oder den Bürgen zu entscheiden habe, da der Minderjährige in keinem Fall haften solle. Dabei sei

¹⁰⁰ Zum Text, vgl. G. CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'*, Milano 1965, 97 s.; R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, 75; zuletzt V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino 1992, 22 Fn. 27 mwN.

¹⁰¹ Nicht von Interesse ist hier weitere Frage der Anwesenheit der Beteiligten, vgl. dazu CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'* cit., 97 s.

¹⁰² Nicht unbedingt zwingend ist die palingenetische Rekonstruktion Lenels (*Pal.* 404), der in den Text Ulp. 11 *ad ed. D. 46.1.25*: *Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit* einfügt. Die auf den ersten Blick bestechende Paralle in der Argumentation von Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13* pr.: *non est aequum fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio*, und Ulp. 11 *ad ed. D. 46.1.25*: *ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit*, erweist sich bei näherer Prüfung als trügerisch, da die *actio mandati* gegen die von Marcellus genannten Personen schon mangels wirksamen *mandatum* scheitert, während die an sich wirksam entstandene *actio mandati* gegen den *minor* nur aus Gründen des Minderjährigenschutzes denegiert wird (*in integrum restitutio* gegenüber dem Bürgen). Zu Ulp. 11 *ad ed. D. 46.1.25*, vgl. zuletzt W. FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, in *ZRG* 113 (1996) 108 s.

es meist leichter gegen den Bürgen im Rahmen der Auftragsklage zu entscheiden, da dieser beim Abschluss des Vertrages beraten und den Vertragsschluss gefördert habe.

Wie die klare Argumentation im Eingangsteil des Textes (*non est aequum fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio*) zeigt, wird dem *fideiussor* die *in integrum restitutio* nicht gewährt, weil der Minderjährigenschutz dies nicht verlangt: Der vom Edikt bezweckte Schutz des Minderjährigen kann vielmehr (*potius*) schon dadurch erreicht werden, dass die auf Rückgriff gerichtete *actio mandati* des *fideiussor* verhindert wird. Dies aber ist ohne Durchbrechung des ediktalen Wortlautes möglich, da das der Bürgschaft meist unterstellte *mandatum* – wie der Vertrag mit dem Gläubiger – *cum minore gestum* ist.¹⁰³ Daher kann der Prätor den Minderjährigen schon nach dem Ediktstext sowohl hinsichtlich der Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger als auch hinsichtlich der *actio mandati* gegenüber dem Bürgen *in integrum* restituieren. Angesichts dieser Restitutionsmöglichkeiten ist ein Eingriff in nicht mit unmittelbarer Beteiligung des Minderjährigen abgeschlossene Verträge oder rechtliche Verhältnisse, d.h. eine Ausweitung der *in integrum restitutio* auf den *fideiussor*, für den Schutz des Minderjährigen nicht erforderlich. Die *naturalis aequitas*, die es gebietet, den Minderjährigen aufgrund seiner Schwäche zu schützen, kann eine aus Sicht des Minderjährigenschutzes unnötige Ausdehnung der *in integrum restitutio* auf Dritte nicht rechtfertigen. Eine zu weitgehende Anwendung des Edikts *de minoribus viginti quinque annis* verstößt daher gegen die *naturalis aequitas* (*non est aequum*).¹⁰⁴

Dass die Entscheidung im Fortgang des Fragmentes nicht nur am ediktalen Minderjährigenschutz, sondern auch¹⁰⁵ an der Rolle des Bürgen beim Vertragsschluss zwischen Gläubiger und Minderjährigem anknüpft: *hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur*, muss dieser Deutung des *aequitas*-Argumentes in Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13* pr. nicht entgegen stehen, da die Überlegungen zum Verhältnis Gläubiger-Bürge die ediktal eindeutige Rechtsfolge nur zusätzlich stützen.¹⁰⁶ Eine derart

¹⁰³ Zur Rückgriffsklage aus der *actio mandati* bei der Bürgschaft, vgl. zuletzt T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Mandatum und Bürgenregreß*, in AA.VV., *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin - Heidelberg - New York 1993, 169-177.

¹⁰⁴ Zu *aequum non est* in diesem Sinne, vgl. auch Ulp. 5 *ad ed. D. 2.4.10.1*, Ulp. 2 *disp. D. 12.4.5.3*, Ulp. 31 *ad ed. D. 13.7.25*, Ulp. 70 *ad ed. D. 43.19.3.2*, Ulp. 70 *ad ed. D. 50.17.156.2*.

¹⁰⁵ Nicht ausschließlich, wie die einleitende Überlegung zeigt, die eher auf der Linie der vorherigen Argumentation (Reflexwirkung des Minderjährigenschutzes) liegt: *nam minor captus neutri tenebitur, facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire*.

¹⁰⁶ Der Bürge ist ja gerade deshalb interveniert, weil dem Gläubiger gegenüber dem Minderjährigen die *fides* fehlte (*fidem non habere*, vgl. dazu R. FEENSTRA, *Fidem emptoris sequi*, in AA.VV., *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze 1956, 283 mwN). Dem entspricht durchaus die doppelte Bedeutung der *fides* als «Zuverlässigkeit» und «Zutrauen», vgl. bereits M. VOIGT, *Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer* IV, Leipzig 1871, 377.

überschießende Rechtfertigung einer prozessual zwingenden Rechtsfolge durch allgemeine Billigkeitserwägungen findet sich im spätklassischen Recht auch andernorts.¹⁰⁷

Ein eindeutiger Bezug zur *naturalis aequitas* der Ediktslaudation ist in dem in der Katene folgenden Fall zu erkennen:

Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13.1. Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est.*¹⁰⁸

Hier geht es nicht um die Erstreckung der *in integrum restitutio* auf weitere Personen neben dem Minderjährigen, sondern um deren Ausweitung zugunsten des Minderjährigen gegenüber Personen, die keinen direkten geschäftlichen Kontakt mit ihm hatten.¹⁰⁹ So bildet Ulpian das Beispiel eines *ego*, der von einem Minderjährigen eine Sache gekauft und einem Dritten weiterverkauft hat. Der Minderjährige könne auch von diesem Drittkäufer die Restitution verlangen, und zwar entweder im Rahmen einer prätorischen *in integrum restitutio* oder durch Aufhebung der Veräußerung im Rahmen der *actio in rem*.¹¹⁰ Der Erfolg eines entsprechenden Rechtsmittels hängt dagegen nach einer auf Labeo zurückgehenden und auch bei Pomponius anzutreffenden Meinung von den weiteren Umständen innerhalb der Veräußerungskette ab.¹¹¹

¹⁰⁷ Vgl. z.B. Paul. 3 *ad ed. D. 2.14.27.6: Sed si stipulatus sum decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam: nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summovei [...]*.

¹⁰⁸ Zum Text, vgl. A. HARTKAMP, *Die Drittwirkung der in integrum restitutio*, in A. WATSON, *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh-London 1974, 138 s. CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'* cit., 22-25; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindictio utilis*, Berlin - New York 1974, 66-70; tw. kritisch dazu M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in ZRG 94 (1977) 157-159 beide mwN; zuletzt I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln-Weimar-Wien, 2001, 451 s., die die Insolvenz des Vertragspartners des Minderjährigen als entscheidendes Kriterium für die Drittwirkung betont.

¹⁰⁹ So auch CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'* cit., 22: «in rem, cioè nei confronti non solo del suo dante causa, ma anche di un terzo».

¹¹⁰ Einzelheiten hierzu bei KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 67-69.

¹¹¹ Es bleibt unklar, ob Ulpian im Eingang seiner Überlegungen jegliche *in integrum restitutio* gegenüber Dritterwerben zulassen will, um das Affektionsinteresse des Minderjährigen an der Sache zu schützen (*ne rem suam perdat vel re sua careat*) Hinsichtlich des hier interessierenden Beispiel des *fundus* schließt er sich aber offenbar der Meinung der beiden früheren Juristen an.

Danach verdient der Dritterwerber keinen Schutz, wenn er die Minderjährigkeit des ursprünglichen Veräußerers kannte.¹¹² Wenn er nicht wusste, dass die Sache von einem minderjährigen Veräußerer stammt (*bona fide emptor*),¹¹³ ist danach zu differenzieren, ob sich der Minderjährige mit Erfolg an seinen Vertragspartner halten kann. Sei dieser zahlungsfähig, genüge es, dem Minderjährigen eine Klage, z.B. die *actio venditi*, gegen diesen zu gewähren. Nur wenn dieser zahlungsunfähig sei, verlange die *aequitas (aequius)* ein Durchschlagen der *in integrum restitutio* auch gegenüber dem *bona fide emptor*.

Die von den Juristen verwandten Kriterien zeigen das Zusammenspiel von Ediktstext und der von Ulpian aus der *naturalis aequitas* gerechtfertigten Zwecksetzung des Edikts. So verlangt der Ediktstatbestand zwar weder eine Willensübereinstimmung (*actum*) noch einen Vertrag (*contractum*), setzt aber ein geschäftliches Handeln mit dem Minderjährigen voraus (*gestum*).¹¹⁴ Ein derartiger direkter Kontakt zum Minderjährigen fehlt dem Dritterwerber in der Veräußerungskette, weshalb schon Labeo nicht auf die Geschäftsführung mit dem Minderjährigen abstellt, sondern auf die Kenntnis des Dritterwerbers vom früheren Geschäft mit dem Minderjährigen (*scit rem ita gestam*) und auf die Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners des Minderjährigen. Der Ediktstext ist auch für diese Interpretationen offen, denn er verlangt nicht, dass der Restitutionsgegner mit dem

¹¹² Zum Verhältnis zum Zwischenverkäufer, vgl. auch Iul. 57 *dig. D. 21.2.39 pr.: Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, eum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscriptum dicit et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium: Seius postulabat apud praetorem utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari: ego dandum putabam. respondi: iustam rem Seius postulat: nam si ei fundus praetoria cognitione ablatu fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evictionem restitui*; vgl. dazu bereits CERVENCA, *Studi vari sulla 'restitutio in integrum'* cit., 22 s.; HARTKAMP, *Die Drittwirkung der in integrum restitutio* cit., 138 s.; ausführlich H. ANKUM, *L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique*, in J.E. SPRUIT, *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht*, Assen 1979, 8-16 und vor allem KROPFENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht* cit., 452 s. mwN in Fn. 86.

¹¹³ Zum Begriff, vgl. z.B. auch Paul. 8 *ad Sab. D. 18.1.27*, Iul. 15 *dig. D. 19.1.24.1*, Ulp. 32 *ad ed. D. 19.2.9 pr.* Es geht um die Gutgläubigkeit des Käufers hinsichtlich der Berechtigung des Veräußerers.

¹¹⁴ Vgl. Ulp. 11 *ad ed. D. 50.16.19: Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam «agantur», quaedam «gerantur», quaedam «contrahantur»: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci *synallagma* vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*. Aus der unübersehbaren Lit., vgl. nur F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZRG 78 (1961) 81 mit Fn. 282, S.E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 33-55; H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965, 8-16, die aber beide den palingenetischen Zusammenhang nicht behandeln. Dazu zuletzt G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, 11-40 und BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa* cit., 427-442.

Minderjährigen ein Geschäft abgeschlossen hat, sondern dass die *res cum minore gestum est*.¹¹⁵ Dies erinnert an die für die Exzeptionserteilung maßgebliche Differenzierung von *in rem - in personam*. Während die *exceptio in personam* keinen Drittschutz bzw. keine Erstreckung gegen Dritte zulässt, kann die *exceptio in rem* auf Dritte ausgedehnt werden.¹¹⁶ Ob dies zu geschehen hat, ist nach Kriterien außerhalb des Wortlauts der ediktalen Verheißung zu entscheiden. Besonders schwer fällt die Entscheidung gegen einen *bona fide emptor*, der an sich ebenfalls schutzwürdig ist.¹¹⁷ Auch für diesen Zielkonflikt zwischen Vertrauensschutz und Minderjährigenschutz beruft sich Ulpian in Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13.1* entsprechend der *laudatio edicti* auf die *aequitas naturalis* und entscheidet zugunsten des Minderjährigen.¹¹⁸

2.1.3. Zur Lückenfüllung dient dem Spätklassiker die *aequitas* im Edikt *de pecunia constituta*:

Ulp. 27 *ad ed. D. 13.5.14.2*. *Sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, ut Pomponius scribit. quid tamen si ea persona nolit fideiubere? puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est. quid si ante decessit? si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit vel in id quod interest vel ut aliam personam non minus idoneam fideiubentem praestet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri.*¹¹⁹

¹¹⁵ Vgl. bereits HARTKAMP, *Die Drittwirkung der in integrum restitutio* cit., 140: «Für die Ausdehnung der i.i.r. auf Dritterwerber bedurfte es der extensiven Auslegung des Ediktswortlautes».

¹¹⁶ So bereits die Vermutung von KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 67; Zur allgemeinen Bedeutung des Gegensatzpaares *in rem - in personam* für die Wirkung von Klagen und Einreden vgl. vor allem Ulp. 4 *ad ed. D. 2.14.7.8*, Paul. 70 *ad ed. D. 44.2.14.2*, Paul. 3 *ad Plaut. D. 44.1.7 pr.-1*. Die Fragestellung ist bisher vor allem mit Blick auf den Bürgen behandelt worden, vgl. umfassend MANNINO, *L'estensione al garante* cit., 102-108, der sich 22, Fn. 27 allerdings nur knapp mit Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.13 pr.* beschäftigt und die Parallele zur Klage weitgehend ausblendet. Zu letzterem Aspekt, vgl. G. WESENER, *Nichtediktale Einreden*, in *ZRG* 112 (1995) 105-109.

¹¹⁷ Zur *bona fides* in diesem Zusammenhang, vgl. zuletzt A. SÖLLNER, *Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen – Homines liberi et servi alieni bona fide servientes* (Teil IX Corpus der römischen Rechtsquellen zur Antiken Sklaverei), Stuttgart 2000, 15.

¹¹⁸ Vgl. bereits E. SEIDL, *Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1971³, 73, der aber meint: «Eine Begründung dafür haben wir nicht, aber man sieht der Stelle [...] doch an, daß hier eine Wertung der Interessen unter Berücksichtigung der Machtlage und Vertrauenslage vorgenommen wurde: wir stehen damit im klassischen Zeitalter», ähnlich auch WACKE, *Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen* cit., 222 Fn. 118.

¹¹⁹ Zum Text, vgl. A. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut. Actio de pecunia constituta*, Paris 1929, 74 s.; F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in *ZRG* 50 (1930) 393 s., mit vorsichtiger Abwägung der Interpolationsindizien; ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento* cit. II, 190 s.; ROUSSIER, *Le constitut* cit. 22 s.; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur* cit. 129 Fn. 278; gegen die übertriebene Textkritik, vgl. bereits S. TONDO, *In tema di constitutum debiti*, in *Labeo* 4 (1958) 211-213, der auch aus dem Zusammenhang in der Katene argumentiert.

Jemand hat im *constitutum debiti* Sicherheitsleistung durch einen Bürgen versprochen. Er hafte deshalb – wie schon Pomponius festgestellt habe – genauso wie ein Konstituent, der seine eigene (termingerechte) Leistung (*se soluturum*) oder Sicherheitsleistung durch Pfand (*se pignus daturum*) versprochen habe.¹²⁰ Auch wenn der Bürge die Abgabe der Bürgschaftsstipulation verweigere, hafte der Konstituent, wenn nicht etwas anderes vereinbart worden sei. Sei der Bürge vor Abgabe der Stipulation verstorben, sei zu unterscheiden: Liege *mora* vor, sei es billig (*aequum*), den Konstituenten haften zu lassen und zwar entweder in Höhe des Interesses (*id quod interest*) oder darauf, dass er eine andere ebenso geeignete Person herbeibringe. Liege keine *mora* vor, meint Ulpian, dass der Konstituent eher nicht hafte.

Die Klassizität des hier in Frage stehenden *constitutum se satisdaturum*¹²¹ ist vor allem in der älteren Literatur heftig umstritten. Lenels genaue Analyse von Ulpian's Ediktskommentar spricht eher für eine entsprechende Ediktsklausel bzw. für eine interpretative Erweiterung des ursprünglich nur auf *se soluturum* lautenden Ediktstextes.¹²²

Geht man von der Existenz eines *constitutum se satisdaturum* im klassischen Recht aus, sind die weitergehenden Auslegungsprobleme, die Ulpian im Anschluss an Pomponius erörtert, nachvollziehbar.¹²³ Die bloße Möglichkeit eines *constitutum certam personam fideiussuram* sagt nämlich noch nichts über die Haftung des

¹²⁰ Vgl. Ulp. 27 *ad ed. D. 13.5.14 pr.-1*.

¹²¹ Unerheblich ist hier, ob dies eine eigene ediktale Klausel erhielt, wie LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 248, 251 meinte oder durch Auslegung der ursprünglichen Klausel (*se soluturum*) erreicht wurde. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento* cit. II, 193-208 mwN, der die Ähnlichkeit von *solutio* und *satisdatio* überzeugend darlegt, hält die Erweiterung für byzantinisch, anders bereits TH. MAYER-MALY, *Rez. zu ROUSSIER, Le constitut* cit., in *ZRG* 76 (1959) 619 Fn. 24 und KASER, *Römisches Privatrecht* cit. I, 584 mit Fn. 8 (zur Stelle).

¹²² LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 248 mit Fn. 3 zu Arangio-Ruiz. Vgl. auch MAYER-MALY, *Rez. ROUSSIER* cit., 617 s.; offen gelassen von D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, 265 s. Fn. 16 mwN. Die Verdachtsgründe beruhen bisweilen auch auf Missverständnissen. Für nicht überzeugend hält z.B. die Lösung von Ulp. 27 *ad ed. D. 13.5.14.2* ROUSSIER, *Le constitut* cit., 22, der einen Widerspruch zu Ulp. 27 *ad ed. D. 13.5.5.4*: *Sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur: et ita Pomponius libro octavo scribit*, ausmacht: «il nous paraît impossible de croire qu'il a pu l'accorder ici [sc. Ulp. 27 *ad ed. D. 13.5.14.2*] où il y avait bien plus de raisons de la refuser et sur l'avis du même grand ancêtre». Roussier übersieht, dass das *constitutum alium soluturum* sich insofern vom *constitutum alium satisdaturum* unterscheidet. Zu recht unterscheidet bereits H. SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig 1903, 34 mit Fn. 3 zur Stelle: «Das Versprechen der Leistung eines Dritten ist nach römischem wie nach heutigem Recht unwirksam, weil sein Inhalt unmöglich ist [...]. Man kann sich zu dem Versuch verpflichten, die Leistung eines Dritten herbeiführen zu wollen, und die Gewähr für den Erfolg übernehmen, auch zum Schadenersatz für den Fall der Nichtleistung des Dritten».

¹²³ Vgl. bereits TONDO, *In tema di 'constitutum debiti'* cit., 212.

Konstituenten, wenn der Bürge die versprochene Verpflichtung nicht eingeht oder nicht eingehen kann, da der Ediktstext nur ein *neque fecisse quod constituit* verlangt.¹²⁴ Gerade der für die Beurteilung der Haftung entscheidende Umfang der Leistungspflicht des Konstituenten bleibt bei einem *constitutum certam personam fideiussuram* – anders als beim *constitutum se soluturum* – ungewiss.

Die erste, offenbar noch recht eindeutig zu entscheidende Frage betrifft die Haftung des Konstituenten, wenn der avisierte Bürge sich nicht zur Abgabe der Bürgschaftsstipulation entscheidet. Da davon auszugehen ist, dass das *constitutum certam personam fideiussuram* dem Gläubiger gerade das Risiko eines Meinungsumschwungs des Bürgen abnehmen soll, entscheidet Ulpian, die Klage zu erteilen, wenn nicht etwas anderes gemeint bzw. vereinbart sei.¹²⁵ Dem Konstituenten wird also die Möglichkeit eröffnet, nachzuweisen, dass er entgegen der allgemeinen Lebenserfahrung gerade nicht für die Wankelmütigkeit des Bürgen einstehen wollte. Schwieriger und nur mithilfe der *aequitas* zu lösen ist der zweite Fall, in dem der Bürge vor Abgabe seiner Bürgschaftserklärung verstorben ist. Der spätclassische Jurist differenziert hier nach dem Verhalten des Bürgen vor seinem Tod. Hat er die Abgabe der Bürgschaftserklärung verzögert (*mora interveniente*), sei eine Haftung des Konstituenten billig (*aequum*); ohne Zögern des Bürgen hafte der Konstituent dagegen nicht.¹²⁶

Die angesprochene *mora* dürfte hier untechnisch jede Verzögerung der Abgabe seiner Bürgschaftsstipulation bezeichnen, da den Bürgen jedenfalls keine von Seiten des Gläubigers einklagbare Leistungspflicht trifft, die Voraussetzung der *mora debitoris* wäre.¹²⁷ Der Gebrauch des Wortes *mora* dürfte aber anzeigen, dass es um «verschuldete», d.h. nicht auf höherer Gewalt beruhende Verzögerungen, geht.¹²⁸ Eine derartige Risikoverteilung zwischen Gläubiger und Konstituent entspricht auch der von Ulpian in seiner *laudatio*

¹²⁴ Zu Auslegungszweifeln hinsichtlich des Leistungszeitraums beim *constitutum se soluturum*, vgl. Ulp. 27 *ad ed. D.* 13.5.16.4 (einerseits) und Paul. 29 *ad ed. D.* 13.5.17 (andererseits).

¹²⁵ Der Zusatz wird mit dem Argument verdächtigt, er sei eine «*expression imprécise*» (PHILIPPIN, *Le pacte de constitut* cit., 74); bzw. «indeterminato» (ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento* cit. II, 190). Zum *quod actum*, vgl. grundlegend PRINGSHEIM, *Id quod actum est* cit., 1-91, der den Text aber nicht behandelt. Der Vorwurf geht fehl und beruht auf einer unzutreffenden Vorstellung von der Bedeutung der Parteivereinbarung im römischen Prozessrecht.

¹²⁶ Zu recht meint zum *aequitas*-Argument TONDO, *In tema di 'constitutum debiti'*, cit., 212: «Soprattutto vale considerare il tono discreto [...], con cui si dà risposta ai vari quesiti, certamente più consoni alla consapevolezza critica del giureconsulto classico che non allo spirito del preteso riformatore giustiniano».

¹²⁷ Zum untechnischen Gebrauch von *mora*, vgl. nur KASER, *Römisches Privatrecht* cit., 515 Fn. 12.

¹²⁸ Vgl. Paul. 17 *ad Plaut. D.* 45.1.91.3, dazu nur M. KASER, 'Perpetuari obligationem', in *SDHI* 46 (1980) 87-146; ebenso Paul. 16 *quaest. D.* 18.4.21. Weitergehende Überlegungen zur Bedeutung der *mora* (Zulässigkeit der Leistung nach dem Termin) im Zusammenhang mit dem *constitutum debiti* bei TONDO, *In tema di 'constitutum debiti'* cit., 212 s.

edicti hervorgehobenen Zwecksetzung der *actio de pecunia constituta*. Diese soll das aus der *naturalis aequitas* gerechtfertigte Interesse des Gläubigers an einer termingerechten Leistung schützen, wie sie der Schuldner versprochen hat (*quoniam grave est fidem fallere*). Dieses Interesse kann man auch dann als verletzt ansehen, wenn der vom Konstituenten in Aussicht gestellte Bürge die Abgabe der Bürgschaftserklärung (vertretbar) verzögert hat und dadurch die Bürgschaft unmöglich geworden ist. Ein *fides*-Verstoß ist dagegen nicht erkennbar, wenn weder der Bürge noch der Konstituent Einfluss auf das Scheitern der mit dem *constitutum* versprochenen Leistungshandlung haben konnten.¹²⁹

2.1.4. Ein ebenfalls höchst umstrittener Text¹³⁰ betrifft die *aequitas* im Edikt *de legatis praestandis*. Er ist nur im Zusammenhang der Katene verständlich:

Ulp. 40 *ad ed. D.* 37.5.3.4-6. *Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero quod sibi relictum est, dicendum non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. 5 Sed si proponas extero legatum rogatumque eum praestare hoc alicui ex liberis parentibusque, consequenter dicemus praestari debere.*

6 *Hoc amplius et si extraneo relictum sit sub hoc modo, ut¹³¹ [aliud quid] alicui ex liberis praestet, aequissimum erit dicere non debere ei praetorem denegare actionem.*

Ulpian behandelt im einzelnen streitige Anwendungsfälle des Edikts *de legatis praestandis*. Nachdem er betont hat, dass die Privilegierung des Edikts nur für Eltern und Kinder gelte, untersucht er Fälle, in denen problematisch ist, ob ein Erwerb von Todes wegen tatsächlich diesen zugute kommt (Ulp. 40 *ad ed. D.* 37.5.3 pr.-3).¹³²

So lehnt er in Fragment 4 eine Verpflichtung des *bonorum possessor* zur Leistung des Legates an die *personae exceptae* ab,¹³³ wenn die privilegierte und bedachte Person selbst durch Fideikommiss gebeten worden ist (*rogatus*),¹³⁴ die Sache einer anderen, nicht

¹²⁹ Die *mora* ist auch in anderen Zusammenhängen ein Kriterium für eine Entscheidung nach der *aequitas*, vgl. vor allem Ulp. 13 *ad ed. D.* 4.8.21.5, Pompon. 31 *ad Q. Muc. D.* 18.6.18.

¹³⁰ Zum Text, vgl. LA PIRA, *La successione ereditaria* cit., 359; S. DI SALVO, *Impostazione terminologica di una ricerca sul 'modus' in diritto romano*, in *Atti dell'accadem. di sc. moral. e pol.* 80 (1969) 164-166. Zur Textkritik, vgl. Nachweise bei B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli 1964, 229 Fn.11.

¹³¹ Mommsen emendiert *aliud quid*.

¹³² So jedenfalls, wenn man in Ulp. 40 *ad ed. D.* 37.5.3 pr. Ulp. 40 mit Mommsen *sunt in personas exceptas* einfügt (nach Bas.; in Florentina fehlend). Vgl. Ulp. 40 *ad ed. D.* 37.5.1.1: *Generaliter parentes et liberos praetor exceptit nec gradus liberorum parentumve enumeravit: in infinitum igitur eis praestabitur*.

¹³³ Der Terminus *personae exceptae* wird erklärt in Ulp. 40 *ad ed. D.* 37.5.1.1. Er bezeichnet die Personen, die von den Rechtsfolgen der *bonorum possessio contra tabulas*, d.h. der faktischen Außerkraftsetzung des Testamentes (vgl. Ulp. 40 *ad ed. D.* 37.5.1 pr.), verschont bleiben.

¹³⁴ Zu *rogo*, vgl. Nachweise bei KASER, *Römisches Privatrecht* cit. I, 758. An dieser Stelle ist es unerheblich, ob die Katene von Legaten oder von *donationes mortis causa* handelt, wie Ulp. 40 *ad ed. D.* 37.5.3 pr. nahelegt.

vom Edikt geschützten Person zuzuwenden, da in diesem Fall der Vorteil des Legats gerade nicht an die geschützte Person gelange.¹³⁵ Umgekehrt sei der *bonorum possessor*, wenn behauptet werde, dass das an einen Außenstehenden Vermachte einer geschützten Person durch Fideikommiss zugewendet sei, verpflichtet, das Legat zu leisten (Fragment 5). Und dies gelte – wie Ulpian im hier interessierenden Fragment 6 festhält – umso mehr, wenn einem Außenstehenden unter der Auflage vermacht worden sei, dass er einem der Kinder leiste. In diesem Fall sei es sehr billig (*aequissimum*), wenn der Prätor die Klage ihm nicht verweigere.

Bereits der Anschluss *hoc amplius* von Fragment 6 an Fragment 5 hat Anstoß erregt. So meint etwa Di Salvo, dass es keinen Grund gebe, das *legatum sub modo* eher als den in Fragment 5 behandelten Fideikommiss in den Schutz des Edikts aufzunehmen.¹³⁶ Möglicherweise liegt aber der Grund für die Steigerung der Argumentation gar nicht in der Art des Erwerbs von Todes wegen, sondern in der Sicherheit der Sachverhaltsfeststellung: Während es in Fragment 5 um die Behauptung (*proponere*) des Außenstehenden geht, dass er das Vermachte einer Person aus dem geschützten Personenkreis zuzuwenden habe, beruht der Inhalt des Legats, d.h. die Auflage zugunsten der *persona excepta*, offenbar nicht auf einer bloßen Behauptung, sondern ist unstrittig. Wenn aber im Gegensatz zu Fragment 5 in Fragment 6 feststeht, dass das Legat im Ergebnis den *liberi* zukommen soll, ist es gerechtfertigt, die beiden Stellen mit *hoc amplius* zu verbinden. Die aus heutiger Sicht heterogene Zusammenstellung von Fallkonstellationen könnte damit zu erklären sein, dass Ulpian's Kommentierung ursprünglich kasuistisches Material zusammenfasst.¹³⁷

Ein weiteres Problem des Fragmentes ergibt sich aus dem Terminus *legatum sub modo*, dessen technische Verwendung erst für das justinianische Recht sicher belegt sein soll.¹³⁸ Dennoch ist das Interpolationsmotiv fraglich.¹³⁹ Unterstellt man deshalb die mögliche Klassizität des Textes, für die auch die jedenfalls klassische Parallele von Fideikommiss und Legat unter Auflage spricht,¹⁴⁰ stellt sich vielmehr die Frage, warum

¹³⁵ Vgl. dazu DI SALVO, *Impostazione terminologica* cit., 164.

¹³⁶ DI SALVO, *Impostazione terminologica* cit., 165: «L' *amplius* è incomprensibile: perché il principio affermato per il legato a favore di un *exter*, pregato fedecommissariamente di restituire ad un *liber* o ad un *parens*, deve 'a maggior ragione' valere per il caso del legato modale, quando, invece, in quest'ultimo caso c'è minore – o al massimo uguale – sicurezza che il beneficio venga a ricadere sulla *persona excepta*».

¹³⁷ Anders LA PIRA, *La successione ereditaria* cit., 359.

¹³⁸ Vgl. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio* cit., 229 Fn. 11 («è notoriamente contestata la sua classicità nel senso tecnico di onere apposto ad un atto a titolo gratuito [...] 'modus' si trova, nel Digesto, in riferimento a legati, soltanto due volte – in D. 35.1.17.4 e in D. 37.5.3.6») mit umfangreichen Nachweisen, ferner KASER, *Römisches Privatrecht* cit. I, 259 mit Fn. 74.

¹³⁹ Gegen den Interpolationsverdacht, vgl. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., 620 Fn. 2.

¹⁴⁰ KASER, *Römisches Privatrecht* cit. I, 259 Fn. 80.

Ulpian, nachdem er die Leistungspflicht des *bonorum possessor* bereits festgehalten hat,¹⁴¹ erneut die Klagebefugnis thematisiert: *aequissimum erit dicere non debere ei praetorem denegare actionem*. Der Grund hierfür kann nur in der grundsätzlich fehlenden Aktivlegitimation des *extraneus* (*ei*) gesehen werden,¹⁴² die im Interesse des Schutzes der *exceptae personae* ausnahmsweise als gegeben unterstellt wird.¹⁴³ Das *aequitas*-Argument rechtfertigt damit die Anwendung des Ediktes über seinen Wortlaut hinaus. Obwohl hier möglicherweise auch die im Edikt verwirklichte *nova aequitas* von Bedeutung ist, entspricht diese Einzelentscheidung der im Ediktslob ebenfalls hervorgehobenen *naturalis aequitas*, d.h. dem durch das Edikt angestrebten Schutz der cognatischen Verwandtschaft.

2.2. Ergebnis

Die Entscheidungen, die Ulpian im Fortgang der Kommentierung explizit aus der *aequitas* rechtfertigt, bestätigen die in der Romanistik verbreitete These, dass der *aequitas*-Appell in den *laudationes edicti* der Vorbereitung der späteren Kommentierung dient. Dies lässt sich allerdings aufgrund der untersuchten Fragmente präziser fassen. Das *aequitas*-Argument taucht nämlich in allen Fällen entweder deshalb auf, weil das Edikt die Voraussetzungen seiner Anwendung nicht ausreichend beschreibt¹⁴⁴ oder eine vom Juristen gewollte Rechtsfolge¹⁴⁵ nicht vorsieht. Die Auslegung anhand der *aequitas* dient somit der Schließung von Lücken und der Beseitigung von Mehrdeutigkeiten des Edikts.¹⁴⁶ Bemerkenswert ist, dass Ulpian seine *aequitas*-Argumentation in fünf von sechs Fällen auf ältere Juristen stützen kann.¹⁴⁷ Da auch deren Argumente mit der *naturalis aequitas* der *laudationes edicti* im Einklang stehen, könn-

¹⁴¹ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 345.

¹⁴² Es ist nicht vollständig ausgeschlossen, dass sich *ei* auf *aliquis ex liberis* bezieht (zur Demonstrationslosigkeit von *is*, vgl. LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik* cit., 185 s.). Dann wäre hinsichtlich der *actio* an die Durchsetzung der Auflage mittels *actio praescriptis verbis* zu denken.

¹⁴³ Zum Antrag des Begünstigten, vgl. Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1.1-2; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1.2; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.5.3; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.10.1; vgl. auch Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.5.2 (*persecutio*).

¹⁴⁴ Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.10; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13 pr.; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14.2.

¹⁴⁵ Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.1; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13.1; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.3.6.

¹⁴⁶ Dies zeigt die enge Verbindung von juristischer Auslegung und prätorischer Rechtschöpfung im Edikt, vgl. grundlegend (aufgrund terminologischer Erwägungen) D. DAUBE, *Forms of Roman Legislation*, Oxford 1956, 97-102; zuletzt STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio* cit. II, 57-64 mwN 63 Fn.72.

¹⁴⁷ Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.10 (Labeo); Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.10.1 (Sabinus); Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13.1 und Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14.2 (Pomponius). Die genannten Juristen sind auch sonst häufiger bei Ulpian zitiert, vgl. T. HONORÉ - A. RODGER, *Citations in the edictal Commentaries*, in TR 42 (1974) 57 s., Table 1. Außergewöhnlich ist danach allenfalls, dass Ulpian sich nicht auch auf Celsus oder Julian bezieht.

te man argumentieren, Ulpian's Ediktslob – selbst wenn es eine auf ihn zurückgehende Neuerung sein sollte – stehe inhaltlich in der Auslegungstradition des prätorischen Edikts, die sich in den untersuchten Stellen bis hin zur Frühklassik (Sabinus, Labeo) verfolgen lässt.

Damit gibt es zur juristischen Relevanz der *aequitas naturalis* in den *laudationes edicti* ein zweites Ergebnis: Ulpian rechtfertigt nicht nur die prätorische Rechtsschöpfung aus der *aequitas naturalis*, sondern auch die Fortbildung der an das Edikt anknüpfenden Juristen, was angesichts der zu vermutenden Bedeutung der Juristen für die prätorische Rechtsschöpfung und -fortbildung keine besondere Überraschung darstellt.¹⁴⁸ Es wirft aber die bisher vorschnell bejahte Frage auf, ob die *naturalis aequitas* wirklich erst von Ulpian zur Legitimation und Interpretation des Edikts verwendet wurde und nicht bereits für die früh- und hochklassischen Juristen als Interpretationshilfe selbstverständlich zur Verfügung stand.¹⁴⁹

3. Die *aequitas naturalis*

als Ausgangspunkt systematischer Neuerungen des spätklassischen Juristen

Eine eigene rechtsfortbildende Leistung des spätklassischen Juristen wird erkennbar, wenn man die systematische Verortung der *laudatio edicti* in den einzelnen Ediktskommentaren in den Blick nimmt.¹⁵⁰

Es fällt auf, dass nicht alle *laudationes edicti* dem eigentlichen Ediktstext voran- bzw. nachgestellt sind und insofern den lemmatischen Kommentar einleiten. Vielmehr weichen einige Kommentare von diesem Schema ab, indem der Jurist im Anschluss an die *laudatio* Ausführungen macht, die nur locker an den Ediktstext angeknüpft sind.¹⁵¹ Es

¹⁴⁸ Zur *auctoritas* in diesem Zusammenhang, vgl. zuletzt T. GIARO, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, in ZRG 111 (1994) 84 s.

¹⁴⁹ Vgl. HONORÉ, *Ulpian* cit., 40: «It is rather that Ulpian turned what they said (e.g. *aequum est*) into, say, *aequisimum est*» (auf *aequisimum* bezogen).

¹⁵⁰ Nur einen Typus beschreibt LIEBS, *Domitius Ulpianus* cit. 177 s.: «Zu Beginn eines jeden Abschnitts stellt er das betreffende Edikt etc. im Wortlaut vor; es folgte eine kurze Sinngebung (*ratio edicti*), und dann kamen Einzelheiten». Wie die hier untersuchten Edikte zeigen, kann die *laudatio (ratio) edicti* durchaus an ganz verschiedenen Stellen des Kommentars zu finden sein.

¹⁵¹ Die Authentizität dieser Exkurse war lange bestritten; die lemmatische Struktur der Kommentarliteratur darf aber nicht übertrieben werden. Zu weitgehend dennoch D. LIEBS, *Variae Lectiones* (Zwei Juristenschriften), in AA.VV., *Studi in onore di Edoardo Volterra* V, Milano 1971, 73 Fn. 91 und nun DERS., *Jurisprudenz in AA.VV., Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike* IV, München 1997, 140: «Nicht üblich waren bei den Juristen lemmatische Kommentare im eigentlichen Sinn (unklar dazu Schulz und viele), wo nur einzelne Stichworte des Grundtexts, Lemmata, die Aufhänger des Kommentars bilden wie zumal bei Dichtercommentaren, deren Grundtext überall zur Hand war», kritisch dazu bereits U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, Berlin 1982, 34-37.

stellt sich mithin die Frage, ob nicht die Ediktslaudationen je nach Struktur der Kommentierung unterschiedliche Bedeutung und Gewicht haben. Ordnet man die Ediktskommentare nach ihrer Struktur und der jeweiligen Anordnung der *laudatio edicti*, ergibt sich folgendes Bild.¹⁵²

3.1. Edikte, in denen die *laudatio edicti* den lemmatischen Kommentar einleitet

Für die meisten Edikte dient die *laudatio edicti* tatsächlich nur als Einleitung eines mehr oder weniger lemmatisch orientierten Kommentars.¹⁵³

3.1.1. So folgt die Kommentierung *de minoribus viginti quinque annis* einem klaren, am Wortlaut orientierten Aufbau. Nach der *laudatio edicti* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1 pr.) folgt der Ediktswortlaut (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.1), dessen Einzellemmata sodann abgehandelt werden. Dem Ediktstext entsprechend *quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam* behandelt Ulpian somit zunächst den Begriff des *minor* [Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.1.2-3, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.3 pr.-3, Ulp. 11 *ad ed.* D. 41.3.6 (= *Pal.* 397), Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.4.8, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.3.4, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.3.4-11, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.5].¹⁵⁴ Sodann geht es um die Auslegung des *gestum... dicetur* [Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7 pr.-5, Ulp. 11 *ad ed.* D. 29.2.12 (= *Pal.* 399); Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7.6-12, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.9 pr.-1, Sin. 13 = ZRG 17, 20 (= *Pal.* 400); Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.9.2-6, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11 pr.].¹⁵⁵ und um die Maßstäbe der *animadversio* [Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13 pr., Ulp. 11 *ad ed.* D. 46.1.25 (= *Pal.* 404), Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.13 pr.-1, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.16 pr.-5, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.18 pr.-5, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.20 pr.-1, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.22, Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.17.116.1-2 (= *Pal.*

¹⁵² Eine moderne Untersuchung der Ediktskommentare Ulpian's fehlt. Grundlegend immer noch PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* cit., 351-389. Für Pomponius' Ediktskommentar, an dem sich Ulpian orientiert haben dürfte, nun grundlegend STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio* cit. II, bes. 43-70.

¹⁵³ Dies hängt natürlich auch mit der unterschiedlichen Ausführlichkeit und Genauigkeit des jeweiligen Ediktstextes zusammen, die wiederum mit dem Alter des Ediktes zusammenhängen dürfte. Der ältesten Schicht zugeschrieben werden das Edikt *de pactis*, wohl auch die Edikte zur *bonorum possessio* (vgl. M. KASER, *Zum Ediktsstil*, in AA.VV., *Festschrift für Fritz Schulz*, Weimar 1951, 25 s.) und das *de precario* (als Anhang zum *interdictum unde vi* (zu dessen Datierung, vgl. KASER, *Zum Ediktsstil* cit., 30) und das Edikt *de minoribus viginti quinque annis* (vgl. dazu allerdings zweifelnd KASER, *Zum Ediktsstil* cit., 51 Fn. 9 mwN). PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* cit., 362-366 vermutet auch unterschiedliche Sorgfalt des spätklassischen Juristen bei Ausarbeitung der verschiedenen Kommentarstücke. Der Frage kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

¹⁵⁴ Vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 116 Fn. 9.

¹⁵⁵ Etwas abweichend LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 116 Fn. 10 zu *dicetur*: D. 4.4.7,9 pr.-2; 29.2.12; DERS., *Edictum Perpetuum* cit., 116 Fn. 11 zu *quanti quaeque res erit*: D. 4.4.11.3-7; 4.4.13; 4.4.16 pr.-4; D. 46.1.25.

411 und 412)].¹⁵⁶ Auch in nicht explizit an die *aequitas* anknüpfenden Einzelentscheidungen wird der als Ausdruck der *naturalis aequitas* hervorgehobene Zweck des Edikts, der Schutz des Minderjährigen aufgrund seiner Schwäche, immer wieder deutlich. Eine zusätzliche Begründung entfällt allerdings; offenbar weil in diesen Fällen der Ediktstext bzw. seine gesicherte und eindeutige Auslegung selbst ausreicht, um das aufgeworfene Problem zu beseitigen. Die im Edikt nach Ansicht Ulpian's bezweckte *aequitas naturalis* wird damit durch den Kommentar illustriert, bedarf aber – außer an den untersuchten Stellen – offenbar keiner weiteren Vertiefung.

3.1.2. Ganz ähnliches gilt auch für die Kommentierung der *actio de pecunia constituta*. Wie bereits Lenel festgestellt hat,¹⁵⁷ ist die Kommentierung zweigeteilt und umfasst zum einen (bis Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.16.1) einen Kommentar zur Ediktsklausel: *Qui pecuniam debitam constituit se soluturum eove nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo*,¹⁵⁸ zum andern die Erörterung des Wortlautes der in Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.16.2 mitgeteilten Klage. Es lassen sich das Lemma *neque fecisse reum quod constituit neque per actorem stetit* (Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.16.3-4, Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.18 pr.) und das Lemma *eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse* (Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.18.1, Ulp. 27 *ad ed.* D. 42.1.56) sowie daran anschließende prozessuale Probleme der Klage (Rechtskraft, Ulp. 27 *ad ed.* D. 42.1.56, *confessio* Ulp. 27 *ad ed.* D. 42.2.5, Charakter der Klage Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.18.2-3, Ulp. 27 *ad ed.* D. 12.2.36, Ulp. 27 *ad ed.* D. 46.2.11 pr. [= *Pal.* 797]) unterscheiden. Auch hier ist eine Verbindung zwischen den aufgeworfenen Einzelfragen der Klage und der einleitend hervorgehobenen *fides* erkennbar, ohne dass eine besondere Problematisierung erforderlich wäre.

3.1.3. Dies gilt in noch deutlicherem Maße für das auf einen präzisen Einzelfall zugeschnittene Edikt *si is qui testamento liber esse iussus*, das vermutlich zu einer *actio in fac-*

¹⁵⁶ Vorsichtiger LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 116 Fn. 12: «An dieses Wort mag sich der Rest des Ulpianischen Kommentars angeschlossen haben, kann aber auch als vom Ediktswortlaut unabhängige Schlussfolgerung aufgefaßt werden». Zum Programmcharakter des *animadvertam* im Minderjährigenedikt, vgl. vor allem W. SELB, *Das prätorische Edikt. Vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, in AA.VV., *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, 262 s.

¹⁵⁷ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 247 s.

¹⁵⁸ *Qui pecuniam debitam constituit* (Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1.1-8; Ulp. 27 *ad ed.* D. 50.16.182 [= *Pal.* 778]; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.3 pr.-2; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.5 pr.-10; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.11 pr.-1; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14 pr.-3; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.16 pr.-1).

tum führte.¹⁵⁹ Die Aufteilung nach den Lemmata der Klageformel ist klar erkennbar.¹⁶⁰ Wie schon die an Labeo angeknüpfte *laudatio* der Klage zeigt, ist die (präzise) Klageformel selbst Ausdruck der *naturalis aequitas*. Eine über die Rechtfertigung des prätorischen Eingreifens hinausgehende Interpretationstätigkeit ist demgegenüber nicht erkennbar.

3.1.4. Trotz der ebenfalls präzisen Fassung des Edikts *de legatis praestandis* unterscheidet sich dessen Kommentierung von der des Edikts *si is qui testamento liber esse iussus*. Die von Ulpian betonte *naturalis aequitas* zeigt sich als der die Ediktskommentierung beherrschende Grundsatz, der bei der Entscheidung der offenbar schwierigen Abgrenzungsfragen zum Tragen kommt, ohne dass der Spätklassiker hierauf nochmals hinweist.

Die Abgrenzungsfragen betreffen zunächst den geschützten Personenkreis (Ulp. 49 *ad ed.* D. 37.5.1 pr.-3) und die relevanten Verfügungen von Todes wegen (*legata vel fideicommissa* und *donationes mortis causa*, Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.3 pr.-7, Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.5 pr.-8). Sodann geht es um die schwierige Berechnung bei mehreren berechtigten Legataren und/oder mehreren Verpflichteten (*bonorum possessores contra tabulas*) sowie den Ausschluss des Schutzes in bestimmten Situationen (Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.8 pr.-6, Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.10 pr.-2, Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.12, Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.14 pr.-1).¹⁶¹

3.1.5. Die hier auf einen kursorischen Durchgang beschränkte Betrachtung der vier Edikte zeigt die deutliche, wenn auch im einzelnen unterschiedliche Abhängigkeit der Kommentierung von der einleitenden, an die *aequitas naturalis* geknüpften *laudatio*. Sie ist teilweise durch den unterschiedlichen Präzisionsgrad der kommentierten Vorschriften

¹⁵⁹ LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 333 «Die Formel [...] war zweifellos *in factum* konzipiert, vielleicht in den Worten und Wendungen des Edikts, vielleicht aber auch je nach dem Tatbestand spezialisiert, ersteres ist wohl wahrscheinlicher».

¹⁶⁰ *Si dolo malo*, Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1-2 (vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 333 Fn. 5); *qui liber esse iussu erit*, Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1.3-7 und 47.4.3 (vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 333 Fn. 6); *post mortem ante aditam hereditatem*, Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1.8,9 (vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 333 Fn. 7); *ad heredem aliquid pervenerit*, Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1.10-14 (vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 333 Fn. 8); *datur*, Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.4.1.15-19 (vgl. LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 333 Fn. 9).

¹⁶¹ Lenel untersucht die Anordnung der Materien nicht. Zu einem ähnlichen Ordnungsvorschlag wie hier, vgl. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit., 358 Fn. 27-32. Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1 pr.-3 und 37.5.3 pr.-7 (*liberi et parentes*); Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.1 pr.; 37.5.8.3,4,6; 37.5.10.1 (*uxor et nurus*); Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.3 pr.; 37.5.5.7 (*donationes mortis causa*); Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.5.6,7 (*Erweiterung auf die Erbquote mit Einschränkungen*, vgl. Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.5.2-4; Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.6,7,8).

zu erklären. So ist einleuchtend, dass das Edikt *de minoribus viginti quinque annis*, in dem der Prätor lediglich die *animadversio* verheißt, schon im Ansatz mehr Spielraum für eine interpretative Funktion der *aequitas* lässt als die Edikte *de pecunia constituta* und *si is qui testamento liber esse iussus*, die über eine allgemeine Verheißung hinaus bereits die konkret anwendbare Klageformel, die zudem als *formulae in factum concepta* gefasst ist, anbieten. Dass aber auch hier der Appell an die (*naturalis*) *aequitas* nicht entbehrlich ist, hat für die *actio de pecunia constituta* die Entscheidung in Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.14.2 gezeigt, für das Edikt *de legatis praestandis* die Abgrenzung in Ulp. 40 *ad ed.* D. 37.5.6.4-6 sowie die Darlegungen Ulpian's zum sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich, die beide erkennbar an dem in der *laudatio edicti* umrissenen Ediktszweck orientiert sind.

3.2. Edikte, in denen die *laudatio edicti* weitergehende Exkurse einleitet

Eine über die Einleitung des lemmatischen Kommentars hinausgehende Funktion könnte die *laudatio edicti* in den beiden Kommentaren zum Edikt *de pactis* und *de precario* haben.

3.2.1. Den Kommentar zum Edikt *de pactis* kennzeichnet – wenn man die an die Ordnung innerhalb des Digestentitels angelehnte Palingenesie akzeptiert – eine bei den übrigen Edikten nicht zu beobachtende Trennung von Ediktstext und *laudatio edicti*. Auf das Ediktslob in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 pr. folgt eine an das auch im Ediktstext wesentliche Lemma *pactum* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.1-2) anknüpfende allgemein begriffliche Darstellung, die auf den Begriff der *conventio* erweitert wird (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3-4) und sodann in ein Traktat zu Arten und Wirkungsweisen der *conventio* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.5-7 pr.) übergeht.¹⁶² Erst an diese allgemeinen Erörterungen, die insbesondere auch die unterschiedlichen Rechtsbehelfe zur Durchsetzung der *conventio* betreffen (*bonae fidei iudicia*, *actio praescriptis verbis*, *exceptiones*), ist der Ediktstext angehängt. Ob diese Erwägungen vom erst anschließend zitierten Ediktstext (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.7) getragen sind, das Edikt *de pactis* also die Wiege des «consensualismus» ist, wie Magdelain meinte, ist dabei eine offene, und an dieser Stelle nicht zu prüfende Frage.¹⁶³ Es soll vorrangig Ulpian's Darstellungsweise und die daraus erkennbare Positionierung des Spätclassikers interessieren.

¹⁶² Auch LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 64 Fn. 6 kommt zu dem Schluss: «Die Rubrik [...] wird von Ulpian gesondert kommentiert». Weitergehende Überlegungen bereits bei S. RICCOBONO, *L'opera della giurisprudenza romana: I commentari 'ad edictum'*, in Roma 14 (1936) 75 s.

¹⁶³ Vgl. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur* cit., Kritisch zur Verortung des Konsensprinzips im Edikt *de pactis* vor allem TALAMANCA, *La storia dell'edictum de pactis* cit., 278-292. Am wichtigsten dürften folgende Argumente Talamancas sein: 1. Das Verhältnis von *depositum/commodatum* einerseits (283) sowie von *receptum* und *con-*

Vergleicht man Ulpian's Kommentierung mit dem z.B. von Paulus verbliebenen Kommentar, so fällt auf, dass Paulus vor allem die bei Ulpian erst im Anschluss an den Ediktstext diskutierten Fragen der Unterscheidung von *pacta in rem* – *in personam* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.8) ausführlich darstellt und diskutiert, eine *conventio*-Lehre bei Paulus aber fehlt.¹⁶⁴ Dies könnte man – wenn man die Unterschiede nicht auf Überlieferungszufälle schieben will – durchaus als unterschiedliche Schwerpunktsetzung ansehen, wobei Ulpian die *conventio* schon stilistisch durch Anknüpfung an die in der *laudatio edicti* hervorgehobenen *aequitas naturalis* betont. Dies deutet darauf hin, dass Ulpian hier nicht – anders als in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.8 und generell anders als Paulus – die ediktale Verheißung untersucht, sondern die an den Begriff der *pacta conventa* anknüpfenden dogmatischen Folgerungen und Rechtsfortbildungen der Juristen.

Die Darstellung ist nicht lemmatisch orientiert,¹⁶⁵ sondern nach einem definitiven Teil zu *pactum* und *conventio* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.1.2-5) behandelt der Spätclassiker vor allem kontroverse Stellungnahmen von Aristo, Celsus, Mauricianus und Iulianus zur Klagbarkeit der (unbenannten) *causa* mittels *actio praescriptis verbis* (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2)¹⁶⁶ und zur Beachtlichkeit der *pacta* im *bonae fidei iudicium*

stitutum zum Edikt *de pactis* andererseits (286) sind unklar. 2. Es gibt auch andere Edikte, die lediglich eine *exceptio* bzw. *denegatio* vorsehen (282). 3. Der Ediktstext passt nicht zur Anerkennung nur bestimmter *conventiones* (284). 4. *Consensus* (*conventio*) erscheint jedenfalls seit der Hochklassik auch als eine Voraussetzung der strengrechtlichen Geschäfte (286 s.). Für eine weitergehende Bedeutung des Edikts als Programm, vgl. aber SELB, *Das prätorische Edikt* cit., 265 s.

¹⁶⁴ Vgl. Ulpian, *Pal.* 240-254. Dies gilt sogar dann, wenn man von den generellen Ausführungen zur *conventio* in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1 (*Pal.* 240), D. 2.14.5 (*Pal.* 241) und D. 2.14.7 pr.-6 (*Pal.* 242) absieht. Zu nennen sind etwa Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.8 (*Pal.* 244), D. 2.14.7.12 (*Pal.* 246) und D. 2.14.10.1 (*Pal.* 250). Dagegen handelt Paulus allgemein von der *conventio* nur in *Pal.* 120-124. Die bei Ulpian im Anschluss an Pedius häufig anklingende Mahnung, es komme auf den wahren Parteiwillen an, erscheint bei Paulus nur in der abstrakteren Form des *pactum tacitum*: Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.2 (*Pal.* 121) und D. 2.14.4 (*Pal.* 122). Paulus geht es vor allem um die Drittwirkung (*in rem*) der *pacta*, vgl. *Pal.* 125 (= Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.11.13; D. 2.14.15; D. 26.7.22): *pactum* des *procurator* und Wirkung für den Vertretenen; *pactum* des *tutor* und Wirkung für das Mündel; *novatio* durch den *tutor*; *Pal.* 126 (= Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.17 pr.-2): *datio* über *decem* und *pactum* über *viginti* lässt keine Obligation über *viginti* entstehen; *ipso iure* Wirkung von *pacta*; *Pal.* 127 (= Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.17.3-7; D. 2.14.19; D. 2.14.21; D. 2.14.23; D. 2.14.25; D. 2.14.27 pr.-1); *Pal.* 128 (= Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.27.2-10): Wirkung der *pacta* als *factum* (*replicatio*); Ausnahme: *ipso iure* Wirkung; Ausnahme: *bonae fidei iudicia*; *pacta* gegen die *actio rei uxoriae*; *pactum* gegen *actio depositi*; Unwirksamkeit von arglistig abgeschlossenen *pacta*; keine Drittwirkung von *pacta*; Probleme der Deckung von *pactum* und Schuld; unirksame *acceptilatio* kann als *pactum* wirken.

¹⁶⁵ Den lemmatischen Kommentarteil teilt LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 65 wie folgt: *pactum* 7.8 (65 Fn. 1), *dolo malo* 7.9-11 (65 Fn. 2), *fraus* 7.13-Ende (65 Fn. 4), wobei ab 7.17 weitere Nichtigkeitsgründe und Drittwirkungsfragen behandelt werden.

¹⁶⁶ Eine ausführliche Exegese der Stelle zuletzt bei ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 104-109 mwN. Zu recht stellt SELB, *Das prätorische Edikt* cit., 266 einen Bezug zur Klagegewährung im Einzelfall (D. 19.5) her. Zur Frage, vgl. nun ausführlich ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 145-149 mwN.

(Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.5-6)¹⁶⁷. Zu letzterem verweist er auf Marcellus, Papinianus, Pomponius und Iulianus. Wie in den bisherigen Einzelstellen zur Entscheidung nach der *aequitas* zieht Ulpian somit die Ansichten der älteren Juristen zur Untermauerung seiner Lösung heran. Schon dies zeigt, dass es nicht um die evidenten Folgerungen aus dem Edikt gehen kann, sondern um Fragestellungen, die das Edikt nur teilweise bzw. unzureichend oder gar nicht beantwortet.¹⁶⁸

Besonders wertvoll für die Einschätzung der eigenen, an die *naturalis aequitas* anknüpfenden Überlegungen des Spätklassikers ist die Parallelüberlieferung der *conventio*-Lehre in PSI 55, die zuletzt Wodke ausführlich untersucht hat.¹⁶⁹ Das Fragment, das nur in wenigen Teilen vom Text der Digesten abweicht,¹⁷⁰ belegt durch die einleitende Floskel *ulpr.*,¹⁷¹ dass hier offenbar wörtlich aus dem Kommentar des Spätklassikers zitiert wird. Die Abweichungen zwischen dem Digestentext und dem Papyrus betreffen vor allem Details. Der Kern der *conventio*-Lehre, insbesondere die Darstellung der verschiedenen Klage und Rechtsschutzmöglichkeiten, ist auf dem Papyrus wortgleich überliefert und wird dort auf die Autorität Ulpian's gestützt.¹⁷² Man kann diesen, dem Stephanus zugeschriebenen Papyrus nicht nur als Indiz für die Verbreitung des *ulpianischen* Werkes ansehen,¹⁷³ sondern auch als Hinweis auf die Originalität der Darstellung: Es handelt sich hierbei möglicherweise um die erste derartige Zusammenstellung von juristischen Positionen zum *pactum conventum* unter dem gemeinsamen Oberbegriff des Konsensensualitätsprinzips als Ausdruck der *aequitas naturalis*. Unter dieser Prämisse wäre die *laudatio edicti* im Ediktskommentar *de pactis* nicht nur eine Einleitungsfloskel zur Legitimation der prätorischen Rechtsschöpfung sowie der Interpretationsleistung

¹⁶⁷ Dazu grundlegend KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti* cit., 133-161.

¹⁶⁸ Insofern im Ergebnis ähnlich BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa* cit., 464-468.

¹⁶⁹ Zu den Editionen, vgl. W. WODKE, *Ein bisher nicht erkannter Stephanustext: PSI 55*, in AA.VV., *Christentum am Roten Meer I*, Berlin - New York 1971, 125 s.; 163-169.

¹⁷⁰ Etwas anders WODKE, *Ein bisher nicht erkannter Stephanustext* cit., 176-230 und bes. 227: «Im ganzen kann man sagen, daß durch die Aufnahme zahlreicher Beispiele, dogmatischer und lehrhafter Bemerkungen der Papyrus erheblich über den Umfang des parallel laufenden Digestentextes hinaus angeschwollen ist».

¹⁷¹ In lateinischer Schrift, vgl. Z. 3, dazu WODKE, *Ein bisher nicht erkannter Stephanustext* cit., 177.

¹⁷² WODKE, *Ein bisher nicht erkannter Stephanustext* cit., will offenbar nur die Aussage zur Unterscheidung der *pacta publica* und *privata* (*pactum legitimum* und *iuris gentium*) in Z. 3-7 als Zitat Ulpian's ansehen. Aber auch die Ausführungen zu den τούτων δὲ τῶν *iuris genti[on]* τινὰ μὲν καὶ ἀγωγὰς τίττει καὶ παρ[α]γραφαί, [καὶ ἀ]γωγὴν καὶ παραγραφὴν ἔχει. τινὰ δὲ παραγραφὴν [μόνον ἔχει] in Z. 40-42 sind wörtliche Entsprechungen der an Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7 pr.: *conventiones iuris gentium, quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones* anschließenden Darlegungen. Vgl. Z. 43-71 und Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.1-6. Der Papyrus hat einige zusätzliche Beispiele, vgl. Z. 53-59. Ulpian bringt weitere dogmatische Erläuterungen in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.3 s.

¹⁷³ Zur nachklassischen Verbreitung Ulpian's Werk, vgl. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* cit., 231-270 mwN. Zu Stephanus, vgl. WODKE, *Ein bisher nicht erkannter Stephanustext* cit., 228-248.

der hieran anknüpfenden Juristen, sondern Anknüpfungspunkt für eigene systematische Überlegungen Ulpian's,¹⁷⁴ die später von den byzantinischen Juristen weiterentwickelt wurden. Der einleitende Appell an die *naturalis aequitas* wäre dann eine Formel zur Integration verschiedener Ansätze unter einem im prätorischen Edikt niedergelegten Gedanken des Schutzes der Vereinbarung gewesen.

Ganz ähnliche Erwägungen lassen sich für das Edikt *de precario* anstellen, auch wenn hier die Kommentierung Ulpian's weniger umfangreich ist als beim Edikt *de pactis conventis*.

3.2.2. Auch hier fällt auf, dass der Jurist, bevor er sich dem lemmatischen Kommentar widmet,¹⁷⁵ im unmittelbaren Anschluss an die *laudatio edicti* Ausführungen zu einem im Edikt an sich nicht enthaltenen Rechtsbehelf sowie zur Abgrenzung von *precarium* und *donatio*, d.h. zu den weiteren Voraussetzungen der Klagbarkeit aus dem *precarium*, macht. Dieser aufgrund der Palingenesie eindeutige Kontext ist anders als die *conventio*-Lehre Ulpian's unter dem Edikt *de pactis* in der Romanistik bisher wenig beachtet worden.¹⁷⁶ Er bedarf daher näherer Untersuchung:

Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2. *Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.*

Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1 (= Pal. 1606). *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 1 Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.*¹⁷⁷

¹⁷⁴ Vgl. bereits RICCOBONO, *L'opera della giurisprudenza romana* cit., 75 s.: «Qui dunque avremmo noi un esempio perspicuo di una organizzazione sistematica della materia delle *conventiones* fatta a proposito dell' *Edictum de pactis*».

¹⁷⁵ Dann folgt ein lemmatischer Kommentar: Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.3 *habere precario* bis Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.6.4. Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.8 pr.-1 zu *ab illo habes*. Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.8.2 - D. 50.17.157.1 zur *dolus*-Klausel, sodann – so auch LENEL, *Edictum Perpetuum* cit., 486 – zur *formula arbitraria* und zur *condemnatio* (Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.8.4 - D. 50.17.157.2).

¹⁷⁶ Vgl. Nachweise zum Text bei B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 74 s., der Fn. 107 meint, der palingenetische Kontext sei nicht aussagekräftig.

¹⁷⁷ Zum Text vgl. G. ARCHI, *'Donare' e 'negotium gerere'*, in AA.VV., *Studi in onore di Edoardo Volterra I*, Milano 1971, 687; S. BROISE, *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna I*, Pisa 1975, 68-70; NOORDRAVEN, *Die Fiduzia* cit., 74 s.

Die *naturalis aequitas* des *interdictum de precario*, die Ulpian in der freien Widerruflichkeit der unentgeltlichen Überlassung erblickt, begründet nach Ansicht des Spätclassikers (*itaque*) die Einschlägigkeit der auf die *bona fides* gestützten *actio praescriptis verbis* neben dem *interdictum de precario*.¹⁷⁸ Das Lob des Edikts *de precario* dient damit nicht nur der Erläuterung und Überhöhung der Ediktsworte (Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2 pr.), sondern hilft, eine über den Ediktstext hinausgehene Rechtsfolge, nämlich die *actio praescriptis verbis*, auf das Institut des *precarium* anzuwenden.¹⁷⁹ Vor dem Hintergrund der bisher untersuchten Kommentierung ist ein derartiges Vorgehen keinesfalls ungewöhnlich oder gar anstößig. Die *naturalis aequitas*, die er als Kern des jeweiligen Ediktstextes identifiziert hat, dient Ulpian wie gezeigt auch anderorts zur Klärung von Zweifelsfragen bzw. zur Herleitung von Rechtsfolgen, die das Edikt nicht vorsieht.¹⁸⁰

Auch wenn somit kein Grund für einen Pauschalverdacht gegen die Klassizität der *actio praescriptis verbis* in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2 besteht, ist die Herleitung einer Klagemöglichkeit *ex fide bona* aus der Unentgeltlichkeit des *precarium* zunächst schwer nachvollziehbar und steht auch in gewissem Widerspruch zu einer Stelle aus Julians Digesten, in der der hochklassische Jurist die (zivile) *condictio incerti* auf das *precarium* anwendet (Iul. 49 *dig.* D. 43.26.2.19).¹⁸¹

Einen Zugang zur Argumentation des spätclassischen Juristen eröffnet der palingenetische Zusammenhang, in dem Ulpian die Frage der Klagbarkeit beim *negotium mixtum cum donatione*, d.h. bei der Gemengelage von *negotium* und *donatio*, untersucht (D. 39.5.18 pr.-1). Es dürfte kein Zufall sein, dass er diese Frage gerade im Ediktskommentar zum *precarium* erörtert, denn – wie Ulpian auch an anderer Stelle ausführt – unterfallen zwar *precarium* und *donatio* dem Oberbegriff der *liberalitas* (Unentgeltlichkeit), haben aber unterschiedliche Rechtsfolgen.¹⁸²

¹⁷⁸ Anders MICHEL, *Gratuité en droit romain* cit., 138 s. der die Zuerkennung der *actio praescriptis verbis* gerade als Widerspruch zur Unentgeltlichkeit des *precarium* ansieht.

¹⁷⁹ Vgl. O. BEHREND, *Selbstbehauptung und Vergeltung und das Gewaltverbot im geordneten bürgerlichen Zustand nach klassischem römischem Recht*, in ZRG 119 (2002) 84, der meint: «Nach vorklassischem Recht war das *precarium* ein Verhältnis des Naturrechts, das hinsichtlich der daraus entstehenden Pflichten mit einer Klage abgewickelt wurde, die aus der *bona fides* gerechtfertigt wurde», allerdings 84 Fn. 88 als Grundlage der ulpianischen Äußerung zur *actio praescriptis verbis* ebenfalls Julian vermutet. Dies dürfte mit seiner Deutung der *actio praescriptis verbis* als «Form, alte *bona fides* Verhältnisse klagbar zu machen» zusammenhängen. Auf diese These kann hier nicht weiter eingegangen werden.

¹⁸⁰ Zur *actio praescriptis verbis*, vgl. auch Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.

¹⁸¹ Iul. 49 *dig.* D. 43.26.19.2: *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione, id est praescriptis verbis*. Für interpoliert hält dies PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum* cit., 651. Zur Frage, vgl. nun ausführlich ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 142–144 mwN.

¹⁸² Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1 pr.-2: *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*. 1 *Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit*. 2 *Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere*.

Zu Beginn seiner Erörterung referiert der Spätclassiker die Ansicht des Aristo, dass es bei Vermischung eines *negotium* mit einer *donatio* näherer Prüfung bedürfe, ob eine Schenkung bestehe, die das Entstehen einer Verpflichtung aus dem Rechtsgeschäft ausschließt. Der Textgestalt zufolge hat Aristo dazu den Fall gebildet, dass *ego* dem *tu* einen Sklaven zum Zwecke der Freilassung nach fünf Jahren (formlos) übergeben hat.¹⁸³ Hier könne erst nach Ablauf der fünf Jahre geklagt werden, weil für diesen Zeitraum von einer Schenkung auszugehen sei. Erfolge die Übergabe mit unbefristeter Freilassungsbestimmung, entstehe die Obligation sofort. Bereits Pomponius habe demgegenüber darauf hingewiesen, dass untersucht werden müsse, was die Parteien mit der Frist von fünf Jahren bezweckt hätten,¹⁸⁴ da die fünfjährige Frist auch anderen Zwecken als der Schenkung dienen könne. Was Pomponius zur Klagbarkeit meint, bleibt dagegen offen. Es ist allerdings vorstellbar, dass Ulpian's unmittelbar voranstehende Überlegungen zur *actio praescriptis verbis* beim *precarium* gerade hier von Bedeutung sind. Wenn nämlich zutrifft, dass Pomponius die Überlassung des Sklaven zur Freilassung nach fünf Jahren nicht als *donatio* ansieht, die die Klage ausschließt, muss für den hochklassischen Juristen die Möglichkeit bestehen, die Überlassung des Sklaven auf fünf Jahre als ein Geschäft (*negotium*) zu qualifizieren, das zwar unentgeltlich ist, aber eine Klagemöglichkeit eröffnet.¹⁸⁵ Jedenfalls aus palingenetischer Sicht ist hier an eine prekaristische Überlassung des Sklaven zu denken, die dem Empfänger zwar keine Gegenleistung abverlangt, gleichzeitig aber dem *dans* die Rückforderung auch während der Freilassungszeit ermöglicht, also gerade nicht eine *donatio* darstellt.

Diese Überlegung gewinnt aus zwei Gründen an Plausibilität. Zum einen entspricht die Annahme eines befristeten *precarium* einer in der Hochklassik einsetzenden Institutionalisierung des *precarium* als Leihverhältnis auf Zeit. So hat vor allem Kaser gezeigt, dass sich seit Pomponius das *precarium* nicht länger auf die faktische Überlassung der Detention (*precario habere*)¹⁸⁶ beschränkt haben dürfte, wie es für die

¹⁸³ Anders die überkommene Interpretation, nach der das Fragment nicht von der *traditio* des Sklaven, sondern von der *fiducia manumissionis causa* gehandelt habe, vgl. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig 1889, rist. Graz 1960, nr. 1606; BROISE, *Animus donandi* cit. I, 68 s.; zuletzt NOORDRAVEN, *Die Fiduzia* cit., 74 s. mwN in Fn.107.

¹⁸⁴ G. ARCHI, *Animus donandi. Corso di Diritto Romano*, Milano 1951, 123 s. deutet dies als größere Berücksichtigung subjektiver Elemente; ablehnend F. PRINGSHEIM, Rez. zu G.G. ARCHI, *La Donazione. Corso di Diritto Romano*, Milano 1960, in ZRG 78 (1961) 481. Wichtiger ist, dass Pomponius die Klausel für mehrdeutig hält, was Aristo offenbar nicht tat.

¹⁸⁵ Vgl. Paul. 50 *ad ed.* D. 18.7.3, zutreffend bereits F. MECHTOLD, *Begriff und Wesen des negotium mixtum cum donatione*, Jena 1904, 12 s.; ARCHI, *'Donare' e 'negotium gerere'* cit., 689. Zum unentgeltlichen Charakter der Realkontrakte, vgl. auch A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in ZRG 104 (1987) 545 Fn. 384.

¹⁸⁶ ZAMORANI, *Precario habere* cit., 48–56 mit allerdings zu weitgehender Textkritik.

Anfangszeit des Instituts zu vermuten ist.¹⁸⁷ Vielmehr tritt das *precarium* in mehreren Texten in Konkurrenz und in Verbindung zur *locatio conductio*, wodurch der Unterschied zwischen beiden Instituten auf den entgeltlichen bzw. unentgeltlichen Charakter der Sachüberlassung reduziert wird.

Auch die unklare Konkurrenz zwischen *condictio (incerti)* und *actio praescriptis verbis*, wie sie auch in dem Widerspruch zwischen Ulp. 71 *ad ed. D. 42.26.2.2 (ex bona fide)* und Iul. 49 *dig. D. 46.26.2.19 (condictio incerti)* zu Tage tritt, ist mit der Annahme, wegen der Freilassungsfrist sei die Überlassung des Sklaven ein *precarium*, gut erklärbar. Während nämlich die *condictio incerti* nur einschlägig ist, wenn sich die mit der *datio* verfolgten Zwecke des *dans* nicht erfüllt haben, also z.B. die Freilassung nach Ablauf der fünf Jahre nicht erfolgt ist, erlaubt die an das *precarium* anknüpfende *actio praescriptis verbis ex fide bona* eine Klage auch während der Frist. Diese wird gewährt aus dem einfachen Grund, dass der *dans* seine Meinung geändert hat, d.h. den Sklaven nicht mehr dem Empfänger überlassen oder diesem nicht mehr die durch die *manumissio* zukommenden Patronatsrechte schenken will. Da die *actio praescriptis verbis ex fide bona* somit weniger an die *datio* als an die freie Widerruflichkeit anknüpfte, bestünde im Ergebnis gar kein Widerspruch zwischen Ulpian und Julian: Der hochklassische Jurist behandelte die immer gegebene Möglichkeit einer *condictio incerti* bei Scheitern der Zweckbestimmung;¹⁸⁸ der spätklassische Jurist die auf die *naturalis aequitas* gestützte *actio praescriptis verbis*. Die Betonung des unentgeltlichen Charakters des *precarium* erlaubte dem Spätklassiker damit die Ausweitung der *actio praescriptis verbis* auch auf dieses ursprünglich nur mit dem *interdictum* einklagbare Geschäft.¹⁸⁹

Mit der hier vertretenen Deutung würde Ulpian im Kommentar zum Edikt *de precario* genauso wie in seinem Kommentar zum Edikt *de pactis* die bisherigen Juristen ausführlich (Aristo, Pomponius) zu Wort kommen lassen und – genau wie in den behandelten Einzelentscheidungen – als Maßstab und Hilfe für die eigene

¹⁸⁷ Vgl. Pompon. 29 *ad Sab. D. 43.26.4.5*, Pompon. 29 *ad Sab. D. 43.26.5*, dazu KASER, *Zur Geschichte des precarium* cit., 113, 115; Ulp. 69 *ad ed. D. 41.2.10.1*. Zur Spätklassik, vgl. Belege bei KASER, *Zur Geschichte des precarium* cit., 113-117; ferner S. TONDO, 'Pignus' e 'precarium', in *Labeo* 5 (1959) 192-210; C. RUSSO RUGGIERI, *Conductio e precarium rei pignori datae*, in *Studi Sanfilippo VII*, Milano 1987, 715-751.

¹⁸⁸ Vgl. vor allem Iul. 10 *dig. D. 12.1.19 pr.*, dazu PRINGSHEIM, *Id quod actum est* cit., 81, zuletzt A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, 291 mwN in Fn. 25.

¹⁸⁹ Vgl. Ulp. 71 *ad ed. D. 43.26.2.2* und Iul. 49 *dig. D. 43.26.19.2*, anders P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati I*, Pavia 1913, 269-272, 253-257. Zur *actio praescriptis verbis* beim *precarium*, vgl. bereits A. GIFFARD, 'Precarium, condictio incerti' et 'actio praescriptis verbis', in AA.VV., *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento II*, Palermo 1936, 27 s.; nun ausführlich ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 141-147.

Entscheidungsfindung heranziehen. Die kompilatorische Tätigkeit des Spätklassikers stünde damit auch hier unter dem Gesichtspunkt der Suche nach der *naturalis aequitas* der Rechtsschutzverheißung. Mithilfe der *laudatio edicti* knüpft er seine Ausführungen, die nur noch anlässlich des Ediktes (*precarium*) getroffen werden und die nicht mehr den eigentlichen Ediktstext zur Grundlage haben, an das prätorische Edikt an.

3.2.3. Damit aber lässt sich als drittes, wenn auch im einzelnen nur vorläufiges Ergebnis für die Funktion der *naturalis aequitas* formulieren, dass Ulpian unter der Losung *naturalis aequitas* auch selbst Rechtsfortbildung betreibt. Diese Rechtsfortbildung unterscheidet sich von der Tätigkeit seiner Vorgänger dadurch, dass sie nicht nur Einzelfälle durch Rückgriff auf den Ediktszweck löst, sondern nach einer systematischen Ordnung der in der Tradition vorgefundenen Argumente strebt. Ein Ordnungselement ist dabei der von Ulpian in seinen Ediktslaudationen hervorgehobene Ediktszweck, die *naturalis aequitas*. Diese erlaubt ihm nicht nur die bisherige Tätigkeit des Prätors wie der Juristen rückblickend zu erfassen und allgemeinverständlich in der Tugendlehre zu erklären, sondern ermöglicht ihm, rechtsschöpferisch tätig zu werden.¹⁹⁰ Die Bedeutung dieser Möglichkeit belegen die Ulpian's Einfluss zugeschriebenen kaiserlichen Rechtssetzungsakte.¹⁹¹ Daher stellt sich die hier nicht mehr zu untersuchende Frage, inwieweit die durch die Ediktslaudationen herausgestellte *naturalis aequitas* der Edikte auch noch im Kaiserrecht rechtsschöpferische Wirkung entfaltet hat.¹⁹²

¹⁹⁰ Vgl. bereits PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* cit., 388 s. Nicht behandelt werden kann hier die Frage, inwieweit der Ulpian vorliegende Ediktstext aufgrund der Hadrianschen Ediktsredaktion Rechtsfortbildung ausschloss. Vgl. dazu D. MANTOVANI, *L'édit comme code*, in AA.VV., *La codification des lois dans l'antiquité. Actes du Colloque de Strasbourg 27-29 novembre 1997*, Paris 2000, 257-272. Vgl. in ähnlicher Weise bereits WLASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen* cit., 35-50, der die fortdauernde Bedeutung des Ediktes als Ausgangspunkt für die juristische Interpretation auch in der Spätklassik betont.

¹⁹¹ Vgl. vor allem die Reskripte des Septimius Severus, die aus der Feder Ulpian's stammen sollen. Zur Frage, vgl. G. CRIFO, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW II/15*, Berlin - New York 1976, 752-759, bes. 758. Zur weiteren Lit., vgl. LIEBS, *Domitius Ulpianus* cit., 185.

¹⁹² Zur gegenseitigen Beeinflussung von Kaiserrecht und Juristenrecht, vgl. grundlegend G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza II*, Milano 1963, bes. 159-170. Für Ulpian, vgl. z.B. Diocl.-Max. C. 2.4.20 (a. 293): *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerant custodiri. nec enim ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis maioris quinque et viginti annis consensum repudiet*. Zur Wertschätzung Ulpian's durch Diokletian, vgl. auch C. 9.41.11 (a. 290), dazu Nachweise bei LIEBS, *Domitius Ulpianus* cit., 185 und 187. Zu auf Ulpian zurückgehendes *aequum* in Kaiserkonstitutionen, vgl. Nachweise bei HONORÉ, *Ulpian* cit., 20 s. mit Fn. 220.

4. Ergebnis und Ausblick

Die voranstehenden Überlegungen zur Bedeutung des Appells an die *aequitas naturalis* erlauben eine präzisere Deutung der Funktion der *laudationes edicti* bei Ulpian: Zunächst hat sich die mittlerweile vorherrschende Auffassung bestätigt, dass der Appell an die *naturalis aequitas* kein leeres Beiwerk ist, sondern konkrete juristische Entscheidungen legitimiert, die der Ediktstext allein nicht trägt. Weiter ist ersichtlich, dass nicht erst Ulpian die prätorische Anordnung als *aequum* ansieht, sondern an Stellungnahmen früherer Juristen anknüpfen kann, die belegen, dass der Appell an das übergeordnete Prinzip vor allem dann wiederkehrt, wenn die vom Edikt verheißene Rechtsfolge nicht weiterhilft. Vor allem aber zeigt die systematische Betrachtung einzelner Kommentierungen, dass Ulpian die *naturalis aequitas* genau wie seine Vorgänger als Instrument zur Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung nutzt, wobei als eigene Leistung des Spätklassikers insbesondere die Herleitung von außerediktalen Rechtsbehelfen sowie eine weitergehende Systematisierung erkennbar ist.¹⁹³ Damit aber ist die *laudatio edicti* nicht nur als Versuch zu betrachten, das prätorische Edikt zu legitimieren, sondern stellt auch eine Möglichkeit dar, sein eigenes juristisches Schaffen als Fortführung der prätorischen Rechtsschöpfung darzustellen und dadurch mit besonderer Autorität auszustatten.

¹⁹³ Zur Rolle des Juristenrechts, vgl. zuletzt GIARO, *Geltung und Fortgeltung* cit., 70: «Die Norm des zwischen Generalklausel und Fallentscheidung liegenden mittleren Abstraktionsniveaus – für die heutigen Juristen die Rechtsnorm tout court – fehlte. Sie war und blieb ein Produkt des Juristenrechts».

Il rimborso delle spese funerarie in caso di *prohibitio heredis* Ulp. 25 ad edictum D. 11.7.14.13

FRANCESCO MARIA SILLA
Università di Roma «La Sapienza»

1. Introduzione

Il passo analizzato proviene dal libro 25 del commentario di Ulpiano all'editto:¹

Ulp. 25 ad ed. D. 11.7.14.13. *Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? Huic contradici potest: 'ergo pietatis gratia funerasti'. Sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari. Et quid si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilo minus funeravi? Nonne aequum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget.*

Il giurista severiano, riportando l'opinione di Labeone, discute di spese relative al funerale,² onere che normalmente incombe sull'erede in virtù del principio secondo il quale il defunto debba essere sepolto a spese del patrimonio ereditario, *de suo expedit mortuos funerari*.³

¹ Sul passo cfr. da ultimo G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II/1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 565 ss.

² Si tratta, secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, rist. Aalen 1985, 229 ss., della materia trattata nel titolo XVI dedicato al tema *de religiosis et sumptibus funerum* dell'editto, e precisamente della rubrica *de sumptibus funerum*, commentata da Giuliano, Paolo e Ulpiano, rispettivamente, nei libri 10 *digestorum* e 27 e 25 *ad edictum*. Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999², n. 83.

³ Cfr. C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario* II, Milano 1949⁸, 335. Secondo A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* I, Halle 1873, 365, il principio che il defunto sia sepolto a spese del suo patrimonio risponderebbe al decoro del cittadino. P. DE FRANCISCI, *La legittimazione passiva nell'actio funeraria*, in *Annali Perugia* 32 (1920) 16 ss., considera l'*heres* il primo 'legittimato passivamente', ma in conseguenza delle concezioni sociali e religiose romane, non per il rilievo del momento patrimoniale, che porta ad identificare l'obbligato alle spese funerarie con il titolare dell'eredità. Critico G. DONATUTI, *Actio funeraria*, in *SDHI* 8 (1942) 64 ss., che invece considera incontrovertito il principio secondo cui la persona contro la quale si può esperire l'azione funeraria sia l'erede in ragione del passaggio del patrimonio ereditario. Ovviamente, nel caso in cui il defunto sia un *alieni iuris subiectus*, è tenuto alle spese funerarie il *pater* o il *dominus*. Cfr. Ulp. 25 ad ed. D. 11.7.31.1 e Paul. 27 ad